

THÈSE DE

CAEN.

1887

N^o. 3.

FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

DROIT ROMAIN

De la Représentation en Justice

DROIT FRANÇAIS

Des Contrats à titre onéreux entre Epoux

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue publiquement

DANS LA GRANDE SALLE DE LA FACULTÉ

LE JEUDI 16 JUIN 1887, A 3 HEURES DU SOIR

par

CHARLES LAURENT

Avocat

CAEN

IMPRIMERIE E. ADELINÉ, RUE FROIDE, 16

1887

FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

DROIT ROMAIN

De la Représentation en Justice

DROIT FRANÇAIS

Des Contrats à titre onéreux entre Epoux

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue publiquement

DANS LA GRANDE SALLE DE LA FACULTÉ

LE JEUDI 16 JUIN 1887, A 3 HEURES DU SOIR

par

CHARLES LAURENT

Avocat

CAEN

IMPRIMERIE E. ADELINÉ, RUE FROIDE, 16

—
1887

A MON PÈRE, A MA MÈRE

A MON ONCLE, A MA TANTE

A ma Famille

A MES AMIS

JURY D'EXAMEN

MM.

JOUEN, Professeur, Président.

CAREL, id.

GUILLOUARD, id.

GAUCKLER, Agrégé.

DROIT ROMAIN

DE LA REPRÉSENTATION EN JUSTICE

INTRODUCTION

Il est aujourd'hui admis dans notre Droit que les effets d'un acte accompli au nom et pour le compte d'un tiers peuvent se réaliser directement en la personne de ce tiers. On connaît en France la représentation.

A Rome, à l'origine du moins, la représentation n'existe pas. Les Romains n'admettent point que dans un même acte, la cause et l'effet soient séparés. Le représentant agit, l'effet doit donc se produire en lui. C'est là le principe de la non-représentation.

Ce principe, tout puissant dans une législation empreinte, à ses débuts, d'un formalisme rigoureux, fléchit plus tard, grâce à la disparition à peu près complète du formalisme primitif et au développement

toujours croissant des relations commerciales. A l'époque classique, le principe souffre déjà de nombreuses exceptions. Sous Justinien, on en est arrivé à admettre une représentation presque parfaite.

Nous nous sommes proposé l'étude de la représentation en justice.

Pour suivre la marche de la législation romaine vers la représentation, nous nous placerons à trois époques bien distinctes, sous l'empire des trois procédures : procédure des actions de la loi, procédure formulaire, procédure extraordinaire.

Mais, disons-le dès maintenant, les développements que comporte notre sujet se réfèrent presque tous à l'époque de la procédure formulaire. L'étude de la représentation en justice sous le système formulaire, tel est donc l'objet essentiel de ce travail.

Époque de la procédure des Actions de la loi

C'était l'époque de la règle: *nemo alieno nomine lege agere potest*. Nul ne pouvait plaider au nom d'autrui. (L. 123 pr., *De reg. jur.* L. 17). (Gaius, IV. 82).

Cela tenait au caractère rigoureusement formaliste de la vieille procédure romaine, caractère qui s'accusait surtout dans la phase *in jure*. Celle-ci consistait en une suite de formules solennelles, et ces formules contenaient une affirmation ou une négation portant sur le droit ou sur le fait de la personne même qui les prononçait. Il en résultait que toute représentation était impossible, au moins dans la phase *in jure*. Et nous pensons qu'il en était de même pour la phase *in judicio*, bien que ce point ait été fortement contesté, comme nous le verrons plus loin.

Malgré sa rigueur, la règle *nemo alieno nomine lege agere potest* comportait plusieurs exceptions que Gaius nous annonce (Gaius IV. 82) et que Justinien nous indique (*Inst.* IV. 10).

On pouvait plaider pour autrui dans les quatre cas suivants: 1° *pro populo*, 2° *pro libertate*, 3° *pro tutela*, 4° dans le cas prévu par la loi *Hostilia*.

1° *Pro populo*. — Quelle est l'hypothèse visée par ces expressions? C'est dans l'opinion générale (et telle

est, selon nous, l'opinion la meilleure) l'hypothèse d'un procès intéressant le peuple, personne morale, incapable par conséquent d'agir par elle-même ; nous croyons, pour la même raison, que l'on dérogeait aussi au droit commun pour les cités et les autres personnes morales.

D'après certains auteurs, parmi lesquels on peut citer Keller (1) et Zimmern, *agere pro populo* ce serait intenter une action publique ou même populaire.

L'opinion de ces auteurs ne nous paraît pas admissible.

Les actions publiques appartiennent au droit criminel et Justinien ne s'occupe pas du droit criminel dans ses Institutes, au moins au titre X du livre IV.

Quant aux actions populaires, ainsi que le fait remarquer M. Accarias (2), celui qui les exerce se les approprie par cela même et en a le bénéfice ; il n'agit donc pas véritablement pour le compte d'autrui (L. 43, § 2. De *proc.* III, 3).

2° *Pro libertate*. — C'est l'hypothèse de la *causa liberalis*. Il s'agit d'un procès qui met en jeu la liberté d'une personne.

L'individu, dont la liberté est contestée, ne plaide jamais lui même et cela parce que si le procès aboutit à la reconnaissance de l'état de servitude, on se trouvera en présence d'un esclave qui aura figuré

(1) De la procédure civile et des actions chez les Romains § 54.

(2) Précis de Droit Romain, 3^e édition, t. 2, n° 930, note 1

dans une instance judiciaire ; or les esclaves ne peuvent ni former une demande en justice ni y défendre. (L. 107. De reg. jur. L. 17.)

D'où la nécessité d'un *assertor libertatis*.

Le mot *assertor* vient de *asserere manu* « prendre par la main et attirer à soi » ; c'est ce que faisait l'*assertor* à l'égard de la personne qu'il représentait (1).

Cette représentation *pro libertate* était vue avec une grande faveur par les Romains. Dans les *causæ liberales* le *sacramentum* n'était que de 50 as *favore libertatis*. (Gaius IV. 14.)

En principe, l'*assertor libertatis* est choisi par la personne intéressée, mais il y a des dérogations à cette règle. Ainsi lorsqu'il s'agit d'un *infans* ou d'un *furiosus* toute personne peut se porter *assertor*. (L. 6. De lib. caus., XL, 12.) De même lorsqu'un individu *in possessione servitutis* refuse de réclamer sa liberté dans le seul but d'injurier et de déshonorer sa famille, ses parents et son conjoint sont admis à jouer le rôle d'*assertor*. (L. 1 à 5. De lib. caus., XL, 12.)

Nul n'est tenu d'accepter les fonctions d'*assertor*, mais, après s'en être chargé, on ne peut s'y soustraire sans encourir une peine. (Paul, V, 1, 5.)

L'*assertor* agit-il en son propre nom ? On l'a soutenu, mais nous croyons plus exact de dire qu'il agit au nom d'autrui. Notre avis est qu'il y a représenta-

(1) Varron, de *linguâ latinâ*, VI, 64.

tion dans l'hypothèse *pro libertate*, quelle que soit l'issue du procès.

Le principe qu'on ne pouvait pas réclamer soi-même l'état de liberté a été supprimé par Justinien. (L. 1, C. VII, 17.)

3° *Pro tutelâ*. — Cette exception à la règle *nemo alieno nomine lege agere potest* n'est devenue certaine que depuis la révision des Institutes de Gaius par Studemund en 1874. Précédemment on lisait ainsi la fin du § 82 du IV^e Commentaire de Gaius : « *Cum olim, quamdiu solæ legis actiones in usu essent, alterius nomine agere non liceret, nisi pro populo et libertatis causâ.* »

Le jurisconsulte n'indiquait donc que deux cas où on pouvait agir *alieno nomine*. Depuis la révision faite par Studemund, on lit : « *cum olim quo tempore legis actiones in usu fuissent, alieno nomine agere non liceret, præterquam certis causis.* » Le texte de Gaius s'accorde ainsi parfaitement avec celui de Justinien (*Inst.* IV, 10), et il est aujourd'hui hors de doute qu'à l'époque des *legis actiones* on pouvait agir *alieno nomine pro tutela*.

Quel sens faut-il attacher à ces mots *pro tutela* ? La question est vivement discutée et bien des explications ont été proposées.

Nous allons examiner les principales.

1^{re} EXPLICATION — Théophile (1) rapporte *pro tutela*

(1) *Ad pr. Inst. de his, per qu. ag.* IV. 10.

agere au cas où deux citoyens se disputent en justice une tutelle, car, en fin de compte, dit-il, après le procès, il devient manifeste que celui qui a succombé a agi *alieno nomine* puisque, en fait, il n'est pas tuteur : « *Itemque pro tutelâ : sæpe enim.... duo « litigabant de eo uter tutor esse deberet : manifestum « est, unum victorem fore : victus igitur inveniebatur « alieno nomine egisse, id est de tutela litigasse, quæ « ad ipsum non pertinebat, ut exitus litis docuit. »*

Cette explication est assurément fort ingénieuse, mais elle nous paraît inadmissible. Si on l'admettait, en effet, on arriverait à dire que, dans tout procès, l'une des parties agit *alieno nomine*.

2° EXPLICATION. — On interprète *pro tutelâ agere* dans le sens de *pro tutore auctorem fieri pupillo lege agenti*.

L'*auctor*, dit-on, agit *pro tutelâ* puisqu'il remplit les fonctions de tuteur, il agit aussi *alieno nomine* puisqu'il donne l'*auctoritas* à la place du *verus tutor*.

Il nous semble impossible de ranger cet *agere pro tutelâ* parmi les *agere alterius nomine*. Dans l'hypothèse, en effet, c'est le pupille lui-même qui agit. Dirait-on, par exemple, que le *verus tutor* intervenant comme *auctor* du pupille dans une action de la loi, *suo nomine lege agebat*?

3° EXPLICATION. — Les mots *pro tutelâ agere* visent l'*accusatio suspecti*. Celui qui intente le *suspecti crimen* agit certainement *alieno nomine* (L. 20

pr. *De app.* XLIX, 1). Pourquoi ne pas dire qu'il agit *pro tutelâ*? Rien ne s'oppose évidemment à ce que le *crimen suspecti tutoris* rentre dans le *pro tutelâ agere*. Mais est-ce bien là l'explication véritable? Il est permis d'en douter.

4^e EXPLICATION. — Les expressions *pro tutelâ agere* doivent s'entendre du cas où le tuteur agissait lui-même au lieu d'autoriser l'action du pupille, ce qui avait lieu lorsque ce dernier était *infans* ou absent. Au tuteur il faut assimiler le curateur qui agissait à la place de *furiosus* (1).

Cette interprétation à, selon nous, le double tort de supposer la tutelle déjà complètement organisée à l'époque des *legis actiones* et de ne pas tenir compte des idées primitives qui excluaient toute représentation. En vain dit-on que le *pro tutelâ agere* est une exception à la vieille règle *nemo alieno nomine lege agere potest* au même titre que le *pro populo* et le *pro libertate agere*. En vain dit-on que ces dérogations au même principe s'expliquent et se justifient par le même motif « impossibilité absolue d'agir » et que la représentation s'impose dans tous les cas. Les intérêts du pupille ou de la personne en curatelle, à la différence des intérêts du peuple, de la cité ou de l'individu dont la liberté est contestée, peuvent être sauvegardés sans qu'il soit nécessaire qu'un tiers les

(1) Keller, De la procédure civile et des actions chez les Romains, § 54. Accarias, 3^e édition, t. II, n° 930.

prenne en main immédiatement. Il suffit, pour cela, que le procès soit retardé et remis au temps où le pupille pourra agir par lui-même.

Nous pensons que les choses devaient se passer ainsi à l'époque des *legis actiones*. Cette manière de voir nous paraît conforme à l'esprit de l'ancien droit. Au surplus, nous ferons remarquer que le sens même des expressions *pro tutelâ agere* s'oppose à ce qu'on y voie l'indication du cas où le tuteur agissait au nom du pupille. L'hypothèse *pro tutelâ* est celle d'un procès qui met en jeu la tutelle tout comme l'hypothèse *pro libertate* est celle d'un procès qui met en jeu la liberté. Et c'est ce que nous apprend Théophile dans sa paraphrase des Institutes IV, 10.

Sans doute l'explication qu'il nous donne des mots *pro tutelâ agere* est inadmissible; mais elle contient une idée exacte au fond. Il en résulte qu'il faut entendre ces mots d'un procès mettant en jeu la tutelle. Il n'est donc nullement question du cas où un tuteur agissait pour son pupille *infans* ou absent. D'ailleurs si ce cas eût existé, Théophile n'eût pas manqué d'en faire mention.

Quelle est alors l'hypothèse visée par ces expressions *pro tutelâ*? Zimmern y voit le remplacement du tuteur ordinaire par un *prætorius tutor* lorsque le tuteur a des intérêts opposés à ceux de son pupille, Puchta imagine une représentation dans la *vindicatio* et l'*in jure cessio tutelæ*. Où est la vérité? Il est impossible de le dire. La lumière n'est pas encore

faite sur ce point et, jusqu'ici, on en est réduit à des conjectures.

4° Hypothèse de la loi *Hostilia* (*Institutes IV. 10*).

— En vertu de cette loi, dont on ignore la date, il était permis à toute personne d'intenter l'action *furti* au nom de celui qui avait à se plaindre du vol lorsque ce dernier ou son tuteur se trouvait aux mains de l'ennemi ou était absent pour le service de la République.

Voilà les quatre cas dans lesquels on pouvait agir *alieno nomine* à l'époque des actions de la loi. Étaient-ce les seuls ?

Quelques autres semblent avoir soulevé des doutes. C'est ainsi qu'on a conclu de certains passages de Cicéron (1) que l'action *repetundarum* était rangée parmi les exceptions au principe de non-représentation.

De même certains auteurs y rangent la *legis actio injuriarum*, d'après un passage de Caton: *Si quis membrum rupit, aut os fregit, talione proximus cognatus ulciscitur*.

REMARQUE. — On a soulevé la question de savoir si, par l'institution du *vindex*, une espèce de représentation n'avait pas été admise du côté du défendeur.

(1) *In Verrem* 4. 16. 20 ; *In Cæcilium divinatio*, n° 20.

Nous rencontrons le *vindex* dans deux hypothèses : 1° celle de l'*in jus vocatio* (1) ; 2° celle de la *manus injectio* (2). — Dans ces deux hypothèses, le *vindex*, sorte de répondant, est complètement substitué au débiteur ; il prend toute la dette à sa charge et devient un véritable *expromissor*. Il ne peut donc pas être considéré comme un représentant.

(1) Accarias, 3^e édition, t. II, n° 749.

(2) Accarias, 3^e édition, t. II, n° 745.

Époque de la procédure formulaire

La règle : *Nemo alieno nomine lege agere potest*, malgré les exceptions qu'elle comportait, était trop gênante pour pouvoir subsister longtemps dans toute sa rigueur.

Il y avait, en effet, bien des cas où il était impossible d'agir, soit par suite d'une absence, soit par suite d'une maladie, et si nous ajoutons que certaines actions étaient temporaires, qu'elles pouvaient avoir pour objet une servitude susceptible de s'éteindre par le non-usage ou une chose possédée de bonne foi par un tiers, nous voyons que la règle pouvait avoir de graves inconvénients. Aussi elle disparut avec le formalisme des actions de la loi dont elle n'était qu'une conséquence. Elle se maintint cependant dans la *jurisdictio voluntaria*.

Le caractère distinctif de la procédure formulaire est la formule ou instruction rédigée par le magistrat et fixant l'objet précis du débat.

Sous l'empire de cette procédure, grâce à la conception de la formule, dont les termes peuvent être changés, et se prêtent ainsi à l'intervention d'un tiers dans le procès, il est permis de se faire représenter.

« *Nunc admonendi sumus agere nos aut nostro nomine aut alieno, veluti cognitorio, procuratorio, tutorio, curatorio.* » (Gaius, IV, 82).

L'étude du *cognitor* et du *procurator* est particu-

lièrement importante. C'est donc sur cette étude que nous porterons toute notre attention. Un premier chapitre sera consacré au *cognitor*, un deuxième au *procurator*.

Dans un troisième chapitre, nous dirons quelques mots des tuteurs et curateurs.

CHAPITRE I

ETUDE DU *Cognitor*

Ce chapitre sera divisé en quatre sections correspondant aux quatre questions suivantes :

- 1° Quelle est l'origine du *Cognitor* ?
- 2° Comment le *Cognitor* peut-il être constitué ?
- 3° Qui peut être *Cognitor* et qui peut constituer un *Cognitor* ? (1)
- 4° Quels sont les effets de l'intervention du *Cognitor* dans le procès ?

SECTION I

QUELLE EST L'ORIGINE DU *Cognitor* ?

Cette question est vivement discutée par les interprètes. Suivant les uns (Karlowa et Bekker), dès le système des *legis actiones*, un *cognitor* pouvait être donné et cela pour le procès entier. D'autres, parmi lesquels Huschke, tout en faisant remonter l'origine de ce représentant judiciaire aux *legis actiones* limitent la possibilité de donner un *cognitor* à la procédure *in iudicio*. D'après eux, la *cognitoris datio* aurait eu lieu immédiatement après la *litis contestatio*.

(1) Nous examinerons en même temps le point de savoir qui peut être *procurator* et qui peut être représenté à ce titre. Les deux questions sont intimement liées, comme le prouvent le § 322 et le § 323 des *Fr. Vat.*

Ces deux opinions se heurtent au paragraphe 82 du IV^e Commentaire de Gaius, paragraphe duquel il résulte très clairement que, à l'époque des actions de la loi, on ne pouvait pas agir *cognitorio nomine*.....
« *cum olim, quo tempore legis actiones in usu fuissent,*
« *alieno nomine agere non liceret, præterquam certis*
« *causis.* »

En vain objecte-t-on en faveur de la deuxième opinion que la solution qui se dégage du § 82 est vraie seulement pour la procédure *in jure*.

Le texte de Gaius ne distingue pas et s'entend aussi bien de la phase *in judicio* que de la phase *in jure*. Le jurisconsulte oppose complètement le droit de son époque au droit des *legis actiones*.

Les partisans de la théorie « du *cognitor in judicio* » ont cru, cependant, pouvoir invoquer avec succès les considérations suivantes :

1° Il est inadmissible que les nécessités des relations sociales et les besoins de la pratique n'aient pas, de très bonne heure, amené les Romains à se faire représenter en justice. On s'est, peut-être, il est vrai, aidé de l'*adstipulator*. Mais ce dernier devait être indiqué au moment même de la convention !

2° L'origine ancienne du *cognitor* se retrouve dans les caractères que revêt encore la *cognitoris datio* sous le système formulaire. Ils portent la marque d'une antiquité incontestable et ne s'expliqueraient pas si on ne faisait point remonter le *cognitor* à une époque antérieure à celle de la procédure formulaire.

Quels sont ces caractères ? Le *cognitor* est constitué au moyen de paroles solennelles et en présence de l'adversaire (Gaius IV, § 83). De plus il ne peut pas être donné sous condition. (*Fr. Vat.* § 329.) (L. 77. *De reg. jur.* L. 17.) Or ce sont là des traits qui dénotent une institution de l'ancien droit.

3° Un texte de l'*Auctor ad Herennium*, II, 13, rapproché de la loi des 12 tables, prouve, jusqu'à l'évidence, qu'autrefois il était permis de donner un *cognitor* pour la phase *in judicio*.

Voici le texte de l'*Auctor ad Herennium*, II, 13 :
« *Ex bono et æquo jus constat... quod genus, ut major*
« *annis LX, et qui morbus causa est, cognitorem*
« *det.* »

La loi des 12 Tables, à propos de l'*in jus vocatio*, prévoit le cas d'une personne âgée ou malade qui serait appelée en justice : « *Si in jus vocat... si morbus*
« *œvitasve vitium escit, qui in jus vocabit jumentum*
« *dato.* (1) »

Ces deux textes se complètent l'un l'autre. La loi des 12 Tables parle de l'*in jus vocatio*, mais elle ne dit rien du *judicium*. La règle indiquée par l'*Auctor ad Herennium* comble cette lacune.

Tels sont les arguments à l'aide desquels on soutient que la *cognitio* existait dès l'époque des *legis actiones*. Ils ne nous paraissent pas convaincants. Selon nous, le *cognitor* n'a fait son apparition que

(1) *Legum XII Tabularum fragmenta. E. Tabula I, 3.* Giraud, *Novum Enchiridion juris romani*, p. 5.

sous le système formulaire. C'est, du reste, l'opinion générale.

Les inconvénients causés par l'absence de représentation étaient, dit-on, si grands que, de très bonne heure, les Romains ont eu nécessairement recours à un représentant. Mais cela devrait être vrai aussi bien pour la phase *in jure* que pour la phase *in judicio*. Or on n'ose pas croire à la possibilité d'un *cognitor in jure*. D'ailleurs il est peu probable que dans le court intervalle qui sépare les deux phases de la procédure, il survienne des obstacles assez graves pour empêcher les parties de comparaître *in judicio*. En cas de maladie, par exemple, la nécessité d'un *cognitor* ne se fait point sentir. Le procès doit alors être remis. Au surplus la présence des deux parties n'est pas indispensable *in judicio*. C'est ce qui ressort de la loi des 12 Tables : « *Post meridiem præsentī stili-
tem addicito* (1). » « Si midi est passé, adjugez le procès à la partie présente. » Il semble donc inadmissible que la *cognitio* se soit introduite dans l'hypothèse où on en avait le moins besoin.

On invoque les caractères solennels de la *cognitoris datio*. La solennité des caractères est-elle une preuve que l'institution remonte jusqu'aux *legis actiones*? Nullement. Il y a tout lieu de penser, au contraire, que le *cognitor* n'a fait son apparition qu'avec le système formulaire à l'origine duquel

(1) *Legum XII Tabularum fragmenta*, E. Tabula I, 8. Gitaud, *Novum Enchiridion juris romani*, p. 6.

le formalisme n'avait pas complètement disparu. Il est facile, d'ailleurs, de s'expliquer l'importance spéciale des formalités de la *cognitoris datio* si on admet, comme nous, que le *cognitor* réalisait une représentation parfaite.

On invoque encore le texte de l'*Auctor ad Herennium* II, 13, rapproché de la loi des 12 Tables. Ce texte serait décisif s'il contenait une règle du vieux droit civil. Mais il résulte manifestement des expressions : *bono et æquo* que la règle : *ut cognitorem det* a pris naissance au moment où les idées d'équité commençaient à se faire jour, c'est-à-dire sous le système formulaire. La règle : *ut cognitorem det* remplace et simplifie en même temps l'ancienne disposition de la loi des 12 Tables : *ut jumentum dato*.

De ce qui précède, il faut conclure que la *cognitio* n'appartient certainement pas à la vieille procédure des actions de la loi. Mais à quelle époque précise a-t-elle apparue ? Est-elle antérieure ou postérieure à la *procuratio* ? Est-elle enfin une institution bien Romaine ?

On prétend, d'abord, que la *cognitio* a pénétré dans le droit après la *procuratio*, ensuite que la *cognitio* a une origine étrangère.

La *cognitio*, dit-on, est évidemment postérieure à la *procuratio*, puisqu'elle réalise sur cette dernière un progrès incontestable. Le *procurator*, en effet, n'est pas un véritable représentant judiciaire ; l'action *judicati* est donnée contre lui ou à son profit. Au contraire le *cognitor* est un représentant direct de

la partie au nom de laquelle il plaide ; c'est le *dominus litis* qui est investi ou tenu de l'action *judicati*. La *cognitio* est plus parfaite et par cela même moins ancienne que la *procuratio*. Il est d'ailleurs à remarquer que les tuteurs et curateurs envisagés comme représentants judiciaires sont soumis aux règles qui régissent le *procurator*. Or ils ont été représentants en justice à une époque très reculée. Si, à cette époque, le *cognitor* avait existé, les tuteurs et curateurs auraient emprunté les règles de la représentation au *cognitor* et non au *procurator*.

Le *cognitor* a donc une existence récente.

Il faut aller plus loin, ajoute-t-on, et voir dans la *cognitio* une institution étrangère. Le *cognitor*, en effet, est un véritable représentant ; or jamais à Rome il n'y a eu de représentation parfaite. La *cognitio* est, par suite, une institution étrangère ; plus exactement c'est une institution grecque.

En voici la double preuve : 1° Cicéron (1) parle d'un *cognitor* qui aurait été constitué dans un procès criminel en Sicile. Il faut en conclure que la Sicile ayant été colonisée par des descendants de Grecs, le *cognitor* doit être recherché en Grèce ; 2° le § 319 des *Fr. Vat.* témoigne encore hautement de l'origine grecque du *cognitor* : « *Etiam græcis verbis cognitorem dari posse inter omnes constat.* »

Ces considérations ne nous semblent pas avoir une grande valeur. D'abord, selon nous, le *cognitor* est

(1) Ver. II 43.

tout à fait Romain. Nous en trouvons la preuve dans la façon même dont il est constitué. — Qu'on ne nous objecte pas le § 319 des *Fr. Vat.* d'après lequel la *cognitoris datio* peut avoir lieu *græcis verbis*. Ce texte, à notre avis, ne prouve rien, car la stipulation qui pourtant est bien Romaine peut également être faite *græcis verbis*, même entre citoyens Romains (Gaius, III, § 93). Tout au plus est-on fondé à conclure du § 319 des *Fr. Vat.* que les paroles solennelles qui accompagnent la constitution du *cognitor* ne doivent pas être interprétées avec le rigorisme étroit des *legis actiones*. Et c'est ce qui résulte expressément du § 318 des *Fr. Vat.* : « *Non tamen sic putat certis verbis « cognitorem dari debere, ut si quid fuisset adjectum « vel detractum, non valeat datio, ut in legis actionibus.* » Qu'on ne nous objecte pas non plus le texte des Verrines. Dans ce texte, il s'agit d'un procès criminel, et, d'ailleurs, qui nous dit que le *cognitor* dont parle Cicéron soit bien d'origine sicilienne ? Il est fort possible que le *cognitor* romain ait été introduit en Sicile par les Romains eux-mêmes.

Quant à la question de savoir si la *cognitio* est antérieure ou postérieure à la *procuratio*, et à quelle époque précise elle a fait son apparition à Rome, c'est là un problème sur lequel il y a plus de conjectures que de certitude. — Nous pensons toutefois qu'il est inexact de prétendre que la *cognitio* constitue un progrès sur la *procuratio*. Ce sont deux institutions distinctes, à l'origine du moins, et qui, par conséquent, peuvent avoir pris naissance en

même temps. Le *cognitor* est un espèce d'avoué qu'une partie choisit pour remplir en son lieu et place les formalités nécessaires à la bonne conduite du procès. Le *procurator*, dans sa physionomie primitive, est celui auquel est confiée l'administration des biens d'un absent. Sans doute il représente en justice les intérêts de la personne dont il administre les biens, mais il n'a pas reçu mandat à cet effet. C'est un simple gérant d'affaires. On comprend, dès lors, qu'il ne soit pas un véritable représentant judiciaire. Et, maintenant, faut-il s'étonner que les tuteurs et curateurs aient emprunté les règles de la représentation au *procurator*? Cela s'explique par cette idée qu'ils sont, comme lui, administrateurs de biens. Le *cognitor* a un tout autre caractère et une tout autre fonction. On ne peut donc pas dire qu'il réalise un progrès sur le *procurator*.

Il est né très probablement des besoins de la pratique, mais à une époque impossible à préciser.

REMARQUE. — Nous verrons, plus loin, comment la *cognitio* et la *procuratio*, institutions si différentes à l'origine, se sont peu à peu rapprochées et comment la seconde a fini par se substituer complètement à la première.

SECTION II

COMMENT LE *Cognitor* PEUT-IL ÊTRE CONSTITUÉ ?

La constitution du *cognitor* a lieu *certis verbis*, au moyen de formules solennelles. Cette exigence se conçoit si on considère que la mission confiée au *cognitor* doit avoir un caractère de certitude incontestable. Il faut que ses fonctions ne puissent pas être révoquées en doute. Gaius nous donne des exemples de formules pour le demandeur et pour le défendeur :... « *nam actor ita cognitorem dat: quod ego a te verbi gratia fundum peto, in eam rem L. Titium tibi cognitorem do; adversarius ita: quia tu a me fundum petis, in eam rem tibi P. Mevium cognitorem do. Potest, ut actor ita dicat: quod ego tecum agere volo, in eam rem cognitorem do; adversarius ita: quia tu mecum agere vis, in eam rem cognitorem do.* » (Gaius IV, § 83).

Ces deux formules ont-elles chacune un domaine distinct ou le choix en est-il arbitraire ? La question est vivement controversée. Nous allons l'examiner en nous plaçant au point de vue du demandeur.

Quatre opinions se sont produites :

1^{re} *Opinion.* — La première formule indiquée par Gaius s'applique aux actions réelles, la deuxième aux actions personnelles.

On invoque les expressions mêmes des deux formules. Le mot *petere* de la première a trait à l'exer-

cice des droits réels ; le terme *agere* de la seconde, employé dans son sens restreint, vise l'exercice des droits personnels. La preuve en est dans le texte suivant : « *Actionis verbum et speciale est et generale : nam omnis actio dicitur, sive in personam, sive in rem sit petitio : sed plerumque actiones personales solemus dicere : petitionis autem verbo in rem actiones significari videntur ; persecutionis verbo extraordinarias persecutiones puto contineri, utputa fideicommissorum, et si quæ aliæ sunt, quæ non habent juris ordinarii executionem.* » (L. 178, § 2, de verb. sign. L. 16).

Cette manière de voir nous paraît inadmissible. D'abord le sens des termes *agere* et *petere*, tel qu'il vient d'être donné, s'il est usuel, n'est certainement pas absolu. Ces mots, en effet, ne visent point exclusivement, l'un les actions personnelles, l'autre les actions réelles. C'est ainsi que dans la loi précédente *agere* s'entend aussi bien de l'exercice d'un droit réel que de l'exercice d'un droit personnel ; c'est ainsi encore que dans le même texte on trouve l'expression *petitio in personam*. Et puis il nous semble que si les deux formules devaient s'appliquer chacune à une catégorie d'actions, Gaius l'aurait indiqué expressément et n'aurait pas dit : « *potest, ut arcto ita dicat* ». Le jurisconsulte considère plutôt la première formule comme la règle ; la deuxième, comme l'exception.

2^e Opinion. — La première formule a trait à l'hy-

pothèse d'un *cognitor* constitué après la *litis contestatio*; la deuxième formule vise le cas où le *cognitor* est donné pour la conduite du procès entier. L'expression *petere* ne s'emploie qu'après la *litis contestatio*.

Cette opinion suppose qu'un *cognitor* peut être donné seulement pour la durée du *judicium*. Or le *cognitor* est toujours donné pour tout le procès; son nom figure dans la formule: c'est donc qu'il est constitué avant la *litis contestatio*.

3^e Opinion. — La distinction précédente a été adoptée par quelques auteurs, mais avec la modification suivante: la première formule remonte à l'époque des actions de la loi où le *cognitor* ne pouvait être constitué que pour la durée du *judicium*. Elle a été plus tard, sous le système formulaire, étendue au cas où le *cognitor* est donné pour tout le procès. Quant à la seconde formule, elle n'a pris naissance qu'à l'époque du système formulaire.

Nous avons déjà repoussé cette manière de voir, puisque nous avons écarté l'hypothèse d'un *cognitor in judicio* sous le système des *legis actiones*.

4^e Opinion. — La deuxième formule n'est qu'une variante de la première. Elle s'en différencie en ce qu'elle ne précise pas l'objet du procès et le nom du *cognitor*.

Cette opinion nous paraît exacte. La première formule a un caractère de certitude évident. Elle s'ap-

plique lorsque le *cognitor* est constitué *in iure* pour un procès déjà ouvert ou sur le point de s'ouvrir. Les mots *quod ego peto* indiquent, en effet, que le procès est engagé ou va s'engager. L'*in jus vocatio* a peut-être eu lieu. La seconde formule est incertaine. Les expressions *quod ego agere volo* visent le cas où le procès n'est pas engagé. Il faut y voir l'indice d'une intention d'agir. On ne sait encore ni quel est le *cognitor*, ni sur quoi va porter le procès.

Les paroles solennelles de la *cognitoris datio* doivent être prononcées par le constituant et en présence de l'adversaire « *coram adversario.* » (Gaius, IV, § 83).

Le *cognitor* n'est jamais constitué par un plaideur absent. « On dit qu'il y a *procurator* s'il entreprend « l'affaire d'un absent; *cognitor*, s'il mène l'affaire « d'une personne présente comme si elle était la « sienne. » (1).

Faut-il que le *cognitor*, ainsi constitué, soit lui-même présent ? Sa présence n'est pas exigée, mais évidemment le mandat reste en suspens jusqu'à son acceptation. « *Nec interest præsens an absens cognitor detur; sed si absens datus fuerit, cognitor ita « erit, si cognoverit et suscepit officium cognitoris.* » (Gaius, IV, § 83, *in fine*).

Voilà un texte absolument formel !

Certains auteurs, cependant, soutiennent que la

(1) Ps., Asc., *ad. C. 4, div.*

présence du *cognitor* est nécessaire. Ils se prévalent du témoignage de Festus (1) et d'un texte d'Isidore de Séville : « *Cognitor non nisi præsens a præsente a præsenti datur.* » (2).

L'autorité de Festus et d'Isidore de Séville ne saurait ici balancer celle de Gaïus. Il faut donc, mais il suffit que les deux parties soient présentes; on n'exige pas la présence du *cognitor*.

Les formules solennelles de constitution sont-elles prononcées *in jure* ou *extra jus* ?

Nous pensons qu'elles peuvent être prononcées aussi bien *extra jus* qu'*in jure*. Cette solution s'impose si on suit l'opinion que nous avons adoptée sur l'application spéciale de chacune des deux formules de Gaïus. La seconde, impliquant seulement l'intention d'engager un procès, prouve qu'on est *extra jus* et non pas *in jure*.

On invoque (3), en sens contraire, l'expression *præsente judice*, qui se trouve dans l'*interpretatio* d'une loi du Code Théodosien : « *Cognitor est cui causam suam agendam præsens præsente judice litigator injungit.* » (L. 7, de cogn. et proc., II, 12). Au V^e siècle, dit-on, le mot *judex* équivalait à *magistratus*.

Le texte précité n'est pas probant; il vise, en effet, l'hypothèse de la constitution d'un *procurator apud*

(1) Fest., ep., v°, *cognitor*.

(2) Isid., *diff.*, c. 123.

(3) Accarias, 3^e édition, t. II, n° 931.

acta factus, c'est-à-dire d'un *procurator* dont le nom est inséré par le magistrat dans les actes publics. (*Cognitor* est quelquefois employé pour *procurator*.) Du reste, en général, on ne doit pas accorder trop de crédit aux *interpretationes* des lois du code Théodosien. Elles sont tirées du bréviaire d'Alaric qui remonte au VI^e siècle. Or, on sait qu'à cette époque, les textes des jurisconsultes Romains ont été le plus souvent retouchés par les commentateurs.

Les formules indiquées par Gaius IV, § 83, ne sont pas sacramentelles et se prêtent à certaines modifications (*Fr. Vat.* §§ 318 et 319). Mais il est impossible d'insérer une condition quelconque dans la constitution du *cognitor*. « *Sub conditione cognitor non recte datur.* » (*Fr. Vat.* § 329.) Elle comporte cependant sans difficulté la condition tacite (*Fr. Vat.* § 329) et, comme l'observe très bien M. Accarias (1), en fait, elle est forcément affectée d'une condition de cette espèce quand le *cognitor* n'est pas présent ou informé.

Il est très probable que le *cognitor*, une fois constitué, ne peut être révoqué même avant la *litis contestatio*, par la seule volonté du mandant. C'est là, sans doute, une différence avec le *procurator*.

(1) Précis de Droit romain, 3^e édition, t. II, n^o 931.

SECTION III

QUELLES PERSONNES PEUVENT JOUER LES ROLES DE *Cognitor* ET DE *Procurator*? — QUELLES PERSONNES PEUVENT ÊTRE REPRÉSENTÉES A CES TITRES?

Il y a là deux questions distinctes. — Il ne suffit pas pour être *cognitor* ou *procurator*, d'avoir la capacité générale de contracter; il faut encore être capable de plaider *cognitorio* ou *procuratorio nomine*.

Aux termes de l'Edit, ceux qui sont incapables de plaider *cognitorio* ou *procuratorio nomine* se divisent en trois classes : les uns ne peuvent même pas plaider pour leur propre compte; d'autres peuvent plaider pour eux-mêmes, non pour autrui; enfin d'autres peuvent plaider soit pour eux-mêmes, soit pour certaines personnes limitativement désignées (L. I, § 1, *De post.*, III, 1.)

Ceux qui ne peuvent plaider ni pour eux-mêmes ni pour autrui sont :

1° Les *pueri*, c'est-à-dire les jeunes gens qui n'ont pas dix-sept ans révolus (L. 1, § 3. *De post.* III, 1); souvenir d'une constitution de Servius Tullius, qui fixait la puberté des hommes à l'âge de dix-sept ans;

2° Les *sourds et les muets* (L. 1, § 3, *De post.* III. 1; — L. 43, pr. *De proc.* III. 3). Le muet et le sourd peuvent sans doute donner un *procurator*; peut-être même peuvent-ils être constitués *procuratores* pour

administrer le patrimoine d'un tiers, mais non pour ester en justice.

Les personnes qui peuvent plaider pour elles-mêmes, non pour autrui sont :

1° *Les femmes.* Il ne leur appartient pas de se mêler des affaires d'autrui et de sortir ainsi du rôle domestique qui leur convient exclusivement. (L. 1, § 5, *De post.* III, 1.) (L. 18 C. *De proc.* II, 13.) (L. 2. *De reg. jur.* L. 17.) (L. 54 pr. *De proc.* III, 3). — Pendant longtemps l'incapacité des femmes ne fut pas reconnue législativement. La défense qui leur fut faite de plaider pour autrui remonte à une époque postérieure à l'an de Rome 705; elle fut motivée par les scandales d'une femme appelée *Carfania* par le Digeste (L. 1, § 5, *De post.* III, 3), mais dont le vrai nom était probablement *Afrania* (1). — L'incapacité des femmes était-elle absolue? Les textes ne nous renseignent pas à cet égard d'une façon bien précise. Une femme ne pouvait pas plaider même pour son fils ou son mari. (L. 31, § 6, *De neg. gest.* III, 5. — L. 4, *De proc.* III, 3.) Nous savons cependant qu'il était permis aux femmes de plaider pour leurs parents dans certains cas (L. 41. *De proc.* III, 3).

2° *Les aveugles.* (L. 1, § 5, *De post.* III, 1.) Ils sont incapables de plaider pour autrui parce qu'ils ne peuvent pas, dit Ulpien, *insignia magistratus videre*

(1) Val. Max., VIII, 3.

et revereri. Ce motif singulier devrait les empêcher aussi de plaider pour eux-mêmes (1).

3° *Les militaires*. Il leur est défendu de plaider pour autrui parce que la fonction de *cognitor* ou de *procurator* est contraire à leur profession (L. 7, C., *De proc.* II, 13).

Enfin on rangeait encore dans cette catégorie les personnes notées d'infamie pour certaines causes particulièrement graves (*Fr. Vat.*, § 324), par exemple ceux qui ont été condamnés pour crime capital, ou comme auteurs d'une accusation publique jugée calomnieuse, ou qui ont loué leurs services pour lutter contre les bêtes féroces. Les incapables de cette catégorie pouvaient cependant être *procuratores in rem suam* comme toutes les personnes à qui il n'était pas interdit de plaider pour elles-mêmes (Paul I, 2, 2). — L. 8, § 2. *De proc.* III, 3. — L. 4 et 9 C. *De proc.* II, 13) : ils pouvaient aussi plaider à titre de tuteurs ou curateurs (L. 1, § 6. — L. 6 pr. *De post.* III, 1).

Ceux qui peuvent plaider soit pour eux-mêmes, soit pour certaines personnes limitativement désignées, sont : tous les infâmes non compris dans la précédente catégorie. (L. 1, §§ 8 et 11, *De post.*, III, 1). Au surplus, l'*assertio libertatis* n'est pas interdite aux infâmes. (*Fr. Vat.*, § 324).

Quant aux personnes qui ne peuvent constituer un

(1) Cic. *pro Cecina*, 19.

cognitor ou un *procurator* ce sont les infâmes. (*Inst.*, IV, 13, § 11).

Quelle est la sanction de ces dispositions ? Il faut distinguer suivant que le représentant incapable ou constitué par un incapable se présente comme demandeur ou comme défendeur. S'il se présente comme demandeur, la sanction consiste dans les exceptions *cognitoriaë* ou *procuratoriaë*. (Gaius, IV, § 124. — L. 19, § 2, *De prob.*, XXII, 3). Ces exceptions sont *dilatoriaë ex persona*.

Plusieurs textes disent qu'elles étaient aussi nécessaires lorsque le *procurator ad agendum* n'avait pas de mandat (L. 62, *de proc.*, III, 3, L. 23, *Rat. rem. hab.* XLVI, 8.) — S'il se présente comme défendeur, l'adversaire peut refuser d'engager le débat. — Toutes ces incapacités sont d'ordre public ; elles doivent donc, au cas où elles n'auraient pas été opposées, être prononcées d'office par le magistrat. (L. 7, *De post.* III. 1). — Nous ajoutons que, si la *litis contestatio* a été engagée, aucune sanction n'est plus possible (L. 8. § 2. *De proc.* III, 3.)

1^{re} REMARQUE. — L'Edit du prêteur, au moins à en juger par le compte-rendu d'Ulpien (L. 4, *De post.* III. 1) ne parlait ni des esclaves ni des fils de famille.

Les esclaves étaient des choses. Les textes nous apprennent qu'ils ne pouvaient ni plaider pour eux-mêmes ou pour autrui, ni se faire représenter en justice : *Cum servo nulla actio est*, nous dit Gaius

(L. 106. *De reg. jur.* L. 17.) *Servus in iudicio interesse non potest* (L. 6, C., *De jud.*, III, 1).

Les fils de famille ne pouvaient pas plaider en leur nom comme demandeurs, sauf dans certaines hypothèses exceptionnelles ; cela ne tenait pas à une incapacité proprement dite, c'était la conséquence de ce qu'ils n'avaient pas de patrimoine. Il ne leur était pas défendu de se faire représenter en justice dans les cas où ils plaidaient valablement pour eux-mêmes. Au surplus, il leur a toujours été permis de figurer dans un procès au nom d'autrui, comme demandeurs ou défendeurs (L. 8, pr. *De proc.*, III, 3).

2^e REMARQUE. — Il est impossible de constituer un *cognitor* ou un *procurator* dans les actions populaires : « *Qui populari actione convenietur, ad defendendum procuratorem dare potest : is autem qui eam movet, procuratorem dare non potest.* » (L. 5, *De pop. act.*, XLVII, 23).

SECTION IV

QUELS SONT LES EFFETS DE L'INTERVENTION DU *Cognitor* DANS LE PROCÈS ?

L'intervention du *Cognitor* dans le procès fait subir à la rédaction de la formule une modification consistant en ce que la *condemnatio* est au nom du *cognitor*. Quant à l'*intentio*, elle ne change pas. La conception de la formule est donc ici identique à celle de l'action *Rutiliana* donnée au *bonorum emptor* (Gaius, IV, § 35).

Lucius Titius, comme *cognitor* de *Publius Mevius* poursuit un débiteur de ce dernier. Voici la formule :
« Si paret *N^m N^m Publio Mevio sestertium decem*
« *millia dare oportere, judex N^m N^m Lucio Titio* (cog-
« *nitori) sestertium decem millia condemna, si non*
« *paret absolve.* » (Gaius, IV, § 86). Les mêmes règles doivent être observées pour la rédaction de la formule : 1° au cas où le *cognitor* est défendeur ; 2° au cas où l'action est réelle. Il convient toutefois de remarquer que, dans une action réelle, et si le *cognitor* plaide en qualité de défendeur, ni son nom ni celui du représenté ne figurent dans l'*intentio* (Gaius IV. § 87, *in fine*). C'est là, d'ailleurs, une application du droit commun. — Gaius ne parle ni de la rédaction de la *demonstratio*, ni de la rédaction de l'*adjudicatio*. Mais il est évident que la *demonstratio* doit être conçue au nom du représenté et l'*adjudicatio* au nom du *cognitor*.

De la rédaction de l'*intentio* nous concluerons avec M. Accarias (1) que : « les résultats du procès envisagés en eux-mêmes et abstraction faite des personnes, doivent être ce qu'ils seraient si le véritable intéressé plaiderait lui-même ». Et, en effet, nous lisons dans un texte d'Ulpien : « *defendere est eamdem vicem quam reus subire* (L. 51, § 1. *De proc.* III, 3). Donc le *cognitor* opposera ou se verra opposer tous les moyens qui compétaient au représenté ou contre lui. La question de droit se juge d'après l'*intentio*.

(1) Précis de droit Romain, 3^e édition, t. II, n° 933.

La rédaction de la *condemnatio* soulève une difficulté. Cette rédaction prouve-t-elle que le *cognitor*, à partir de la *litis contestatio*, est devenu *dominus litis* et par suite ne peut pas être considéré comme un représentant judiciaire au sens strict du mot ? On l'a soutenu, mais à tort selon nous.

Notre opinion est que la conception de la *condemnatio* au nom du *cognitor* était à l'égard de celui-ci une formalité ou, pour mieux dire, une nécessité de procédure lui permettant d'ester *in judicio* ; mais, abstraction faite de cette formalité indispensable, le *cognitor* n'apparaissait dans toute la procédure que comme un représentant.

La preuve en est dans les deux faits suivants :
1° l'action *judicati* appartient au *dominus* s'il a triomphé de même qu'elle est dirigée contre lui s'il a succombé : « *Cognitore enim interveniente, judicati actio domino vel in dominum datur.* » (Fr. Vat. § 317) (Comp. Paul, I. 2, 4). 2° C'est au *dominus* qu'incombe l'obligation de fournir les cautions nécessaires dans la procédure et notamment la caution *judicatum solvi* : « *Sed siquidem cum cognitore agatur, dominus satisdare jubetur.* » (Gaius IV, § 101) « *Ad defendendum cognitore constituto, dominus, non cognitor, aitori judicatum solvi satisdare cogendus est.* » (Fr. Vat. § 317) (Comp. L. 10, Jud. solv. XLVI, 7) (1).

(1) Dans cette loi, comme dans beaucoup d'autres, le mot *cognitor* a été remplacé par le mot *procurator*. Cela tient au changement de législation survenu sous Justinien.

Gaius, du reste, nous dit formellement que le *cognitor* est *loco domini*. Ces mots signifient que le *cognitor* ne fait qu'un avec le *dominus*, devient pour ainsi dire une seule personne avec le *dominus*, et cela à tel point qu'il épuise infailliblement en justice le droit de ce dernier et n'est pas astreint à fournir la caution *de rato* : « ... *Ac nec si per cognitorem quidem*
« *agatur, ulla satisfactio vel ab ipso vel a domino*
« *desideratur..... quod periculum non intervenit, si*
« *per cognitorem actum fuerit ; quia de qua re quisque*
« *per cognitorem egerit, de ea non magis amplius*
« *actionem habet quam si ipse egerit.* » Gaius IV, §§ 97 et 98).

Le *cognitor* est donc un véritable représentant judiciaire. Tout autre est la physionomie du *procurator* qui, comme nous le verrons plus loin, devient *dominus litis* à partir de la *litis contestatio*.

CHAPITRE II

ÉTUDE DU *Procurator*

Ce chapitre sera divisé en deux sections correspondant aux deux questions suivantes :

1° Quels sont les caractères du *procurator* ?

2° Quels sont les effets de l'intervention du *procurator* dans le procès ?

La section deuxième formera la partie la plus importante de notre étude sur le *procurator*.

Quant au point de savoir qui peut être *procurator* et qui peut être représenté à ce titre, il a été examiné plus haut (1).

SECTION I

QUELS SONT LES CARACTÈRES DU *procurator* ?

Le *procurator*, à l'origine, est celui qui, avec ou sans mandat, administre les affaires d'une personne absente.

De cette définition ressortent les trois caractères suivants :

(1) Etude du *Cognitor*, section III, p. 32.

1° Le *procurator* gère l'ensemble des affaires d'une personne, non une affaire en particulier ;

2° Il gère l'ensemble des affaires d'une personne *absente* ;

3° Il existe *qu'il ait ou non un mandat*. — Représentons brièvement ces trois caractères :

1° Le *procurator* gère l'ensemble des affaires d'une personne. Cela résulte d'abord de la signification même du mot *procurator*. Le *procurator*, en effet, est celui qui remplit les fonctions d'un *curator*. Or un *curator* administre l'ensemble des affaires d'une personne. Cela résulte en outre du texte suivant de Cicéron : « is qui legitime procurator dicitur, « omnium rerum ejus, qui in Italia non sit, absitve « reipublicæ causa, quasi quidam pene dominus, hoc « est, alieni juris vicarius, rel. » (1). — Cela résulte enfin de la loi I, § 1, *De proc.* III, 3, et de la loi III, § 2. *Jud. sol.* XLVI, 7.

2° Le *procurator* administre les biens d'une personne *absente*. — Ce deuxième caractère, qui, du reste, se relie étroitement au premier, découle de la nature même des choses. C'est, en effet, lorsqu'une personne est absente qu'un *procurator* est nécessaire : « procurator autem absentis nomine actor fit. » (2). (Comp. L. 19, § 3, *de neg. gest.* III, 5.)

(1) Cic. *p. Cæc.*, 20.

(2) Festus *ep.*, v°. *cognitor*.

3° Le *procurator* existe, qu'il ait ou non un mandat. Le terme de *procurator* s'applique aussi bien au gérant d'affaires qu'au mandataire : « *Ait prætor: Si quis negotia alterius, sive quis negotia, quæ cujusque, cum is moritur, fuerint, gesserit, judicium eo nomine dabo.* » (L. 3 pr. *De neg. gest.* III, 5.) La disposition de l'Edit qui fut, plus tard, restreinte au *negotiorum gestor* proprement dit, s'appliquait, à l'origine, à tous les gérants des affaires d'autrui avec ou sans mandat.

Tels étaient les caractères primitifs du *procurator*.
— Quels sont ses caractères à l'époque classique ?

D'abord il peut être constitué même par une personne présente.

En outre il peut s'occuper d'une seule affaire en particulier : « *sed verius est, eum quoque procuratorem esse, qui ad unam rem datus sit.* » (L. 1, § 1 *in fine. De proc.* III. 3). « *Procuratorem eum accipere debemus, cui mandatum est, sive hujus rei tantum mandatum suscepit, sive etiam universorum bonorum.* » (L. 3, § 2, *Jud. solv.* XLVI, 7.)

Enfin, à l'époque classique, un *procurator* peut être constitué dans le seul but de mener un procès.

C'est le *procurator litis*, sur lequel nous devons maintenant porter toute notre attention. A quelle époque le *procurator litis* a-t-il fait son apparition ? Il est impossible de fixer à cet égard une date précise ; on en est réduit à des conjectures. Il sem-

blerait résulter d'un passage de Cicéron (1), qu'à son époque on ne pouvait agir *alieno nomine* que comme *cognitor*. L'orateur oppose en effet uniquement au *per se litigare* le *per cognitorem litigare* et dit même expressément « *alteri (petere) nemo potest nisi qui cognitor est factus.* » Mais dans le même auteur (2) il est fait mention de *procuratores* pour le défendeur, puis aussi ailleurs (3) du *voluntarius procurator ad agendum* même avec la *cautio amplius neminem petiturum*. Il semble, au surplus, que l'Edit sur les *cognitores* était plus ancien et que les dispositions concernant les *procuratores* furent ajoutées plus tard : « *Verba autem edicti hæc sunt : alieno, inquit, nomine, item per alios agendi potestatem non faciam in his causis, in quibus ne dent cognitorem, neve dentur, edictum comprehendit.* » (Fr. Vat. § 322.)

Le *procurator litis* existe certainement à l'époque de Gaïus. (Gaïus IV, § 82. — Paul I, 3, 2.)

Comment est-il constitué ? Sans paroles solennelles et sans forme obligée. C'est un mandataire dont la constitution n'exige point de formalités et peut avoir lieu même en l'absence et à l'insu de l'adversaire : « *Procurator vero nullis certis verbis in litem substituitur ; sed ex solo mandato, et absente et ignorante adversario, constituitur.* » (Gaïus IV, § 84. — Paul I, 3, 1. — L. 1, § 1 ; L. 3, De proc. III, 3.). Quelquefois

(1) Cic. p. Q, Rosc, 18.

(2) P. Quint, 6, 7, 19 et ss. ad. Att. XVI, 15, 2.

(3) In Brut, 4, 5.

aussi c'est un simple gérant d'affaires : « *Quin etiam « sunt qui putant, eum quoque procuratorem videri, « cui non sit mandatum, si modo bona fide accedat « ad negotium et caveat ratam rem dominum habi- « turum.* » (Gaius IV, § 84). Le jurisconsulte, dans le passage que nous venons de citer, constate une petite controverse.

On doutait sur le point de savoir, non pas si l'on pouvait plaider pour autrui comme gérant d'affaires, mais si le gérant d'affaires devait être compris sous la dénomination de *procurator*. — Quoi qu'il en soit, l'hypothèse où le *procurator* était pourvu d'un mandat doit être soigneusement distinguée de celle où il plaidait sans mandat. — Avait-il reçu un mandat, il épuisait le droit litigieux et l'adversaire pouvait opposer à une nouvelle demande l'une des exceptions *rei in iudicium deductæ* ou *rei judicatæ*. Si au contraire il plaidait sans mandat, le résultat était différent selon qu'il était demandeur ou défendeur. Comme demandeur il laissait intact le droit porté en justice et, par suite, le *dominus* pouvait renouveler l'action tant qu'il n'avait pas ratifié le résultat du procès. Comme défendeur il épuisait le droit litigieux. (Gaius IV, § 98. — L. 27 pr.; L. 66 *De proc.* III. 3. — L. 11, § 7. *De exc. rei jud.*, XLIV, 2).

Le défaut de formalités pour la constitution du *procurator* amena peu à peu l'abandon de la *cognitio*. On se rappelle que le *dominus* était obligé d'être présent à la constitution du *cognitor*. Or cette obligation rendait l'usage de la *cognitio* impossible, précisé-

ment dans les cas où elle était le plus nécessaire, par exemple en cas d'absence.

Les formes plus faciles et plus libres de la *procuratio* obviaient à ce grave inconvénient. — Mais, d'un autre côté, avec la *procuratio*, les effets de la représentation n'étaient point aussi directs et aussi absolus que lorsqu'on avait constitué un *cognitor*.

Le *procurator* était investi ou tenu de l'action *judicati* et c'est à lui qu'incombait l'obligation de fournir les cautions. « Tout cela, dit M. Maynz (1), « était fort gênant et diminuait de beaucoup les « avantages qui résultaient de la forme plus libre de « la *procuratio*. On chercha donc à lui conserver ces « derniers, tout en appliquant autant que possible « les conséquences plus directes de l'ancien système. »

On assimila (probablement vers la fin de l'époque classique) le *procurator litis* au *cognitor* dans les quatre hypothèses suivantes :

1° Hypothèse du *procurator præsentis*.

Les §§ 331 et 333 *in fine* des *Fr. Vat.*, posent le principe de l'assimilation du *procurator præsentis* au *cognitor*. — Quant à la question de savoir ce qu'il faut entendre par un *dominus præsens*, elle est résolue par les lois 5, 6 et 7. *De proc.* III. 3.

2° Hypothèse du *procurator apud acta constitutus* c'est-à-dire constitué d'une manière authentique et publique soit par déclaration devant le magistrat, soit

(1) Cours de Droit Romain, 4^e édition, t. II, § 187, p. 82.

au moyen du dépôt entre ses mains d'un pouvoir écrit qui était conservé *inter acta*. Le § 317 des *Fr. Vat.* indique ainsi l'assimilation : « *Apud acta constituto procuratori hæc satisdatio remitti solet ; nam cum apud acta nonnisi a præsentè domino constituitur, cognitoris loco intellegendus est.* »

Le *procurator præsentis* et le *procurator apud acta constitutus* ne doivent pas être confondus. Le second n'a fait son apparition que postérieurement au premier. Le *procurator præsentis* est celui qui mène le procès alors que le *dominus* est présent pendant toute sa durée : « *In dominæ præsentia si procurator agat vel defendat, satisdatio non recte postulatur.* » (*Fr. Vat.*, § 326). — Si l'affaire est conduite par le *procurator apud acta constitutus*, la présence du *dominus* n'est nécessaire qu'au moment de la constitution du mandataire. (*Fr. Vat.* § 317).

3^e Au lieu de constituer le *procurator* devant le magistrat, on l'indique dans l'écrit remis au prince, et qui est introductif d'instance : « *Ne satisdatio ratam rem dominum habiturum exigatur in his quæ nomine ejus ageret, qui eum se fuisse procuratorem libello principi dato professus est, prodest.* » (L. 21 *Rat. rem. hab.* XLVI. 8.)

4^e Le *dominus* déclare dans une lettre adressée à son adversaire qu'il constitue telle personne pour son mandataire dans tel procès : « *Si procuratorem absentem (lire absens) dominus satisfactione relevare velit, literas suas ad adversarium dirigere debebit, quibus significet, quem adversus eum procuratorem*

« et in qua causa fecerit; ratumque se habiturum
« quod cum eo actum sit: hoc enim casu, literis ejus
« approbatis, velut præsentis procuratorem interve-
« nire intelligendum est. » (L. 65. De proc. III. 3.)
(Comp. Paul I. 3. 1. — L. 1. C. De proc. II. 13.)

SECTION II

QUELS SONT LES EFFETS DE L'INTERVENTION DU *procurator*
DANS LE PROCÈS ?

Nous allons envisager les effets de l'intervention
du *procurator* :

- 1° Quant aux cautions.
- 2° Quant à la *litis contestatio*.
- 3° Quant à la sentence du juge.

En ce qui concerne la rédaction de la formule, il
nous suffit de renvoyer à ce que nous avons dit pré-
cédemment (1).

*Effets de l'intervention du « procurator » quant aux
cautions*

Les cautions dont nous voulons parler sont les
cautions *de rato* et *judicatum solvi*. — Ce sont des

(1) Etude du *Cognitor*. Section IV, p. 36.

stipulations prétoriennes accompagnées de satisfaction. L'une et l'autre sont fournies *in jure*. (L. 40, § 3. *De proc.* III. 3. — L. 3 pr.; L. 8, L. 13, § 1. *Jud. solv.* XLVI. 7).

CAUTION *de rato*. — Cette caution dont le but est de garantir le défendeur contre le renouvellement de l'action, est exigée, en principe, de tout *procurator* qui agit comme demandeur. C'est donc le défendeur qui stipule.

La formule de la caution *de rato*, qui nous est indiquée par un texte de Julien, porte que les parties ne feront pas de demande nouvelle sur le même objet et ratifieront les résultats du procès actuel: « *nam in*
« *ea stipulatione cavetur, non petiturum eum, cujus de*
« *ea re actio, petitio, persecutio sit, et ratum habi-*
« *turos omnes ad quos ea res pertinebit.* » (L. 23. *Rat. rem. hab.* XLVI. 8.)

Le promettant, dans cette caution, s'engage à faire ratifier; son obligation s'évanouit donc dès que le *dominus* a ratifié; mais, pour que la stipulation soit encourue (*committatur stipulatio*), il ne suffit pas que le *dominus* n'ait pas ratifié; il faut de plus qu'une nouvelle action ait été intentée, c'est-à-dire qu'il y ait eu *litis contestatio* sur la nouvelle demande, car, nous dit Paul, jusqu'à la *litis contestatio* le *dominus non petit, sed vult petere* (L. 15 *Rat. rem. hab.* XLVI, 8).

Il n'est pas nécessaire que ce soit le *dominus* lui-même qui intente la nouvelle action, portant bien entendu sur le même objet. Le résultat serait le même

si la demande était introduite par ses héritiers et autres ayant cause qui sont tenus de ses obligations, à moins cependant que dans la stipulation on n'ait omis intentionnellement de les désigner (L. 22, § 7. *Rat. rem. hab.*, XLVI, 8).

Il n'importe pas davantage que la demande s'adresse au même défendeur ou à d'autres personnes que la ratification eût libérées avec lui, par exemple à un *correus socius* ou à un fidéjusseur (L. 1; L. 14. *Rat. rem. hab.*, XLVI, 8).

Au surplus, la stipulation serait encourue, indépendamment de toute demande judiciaire, dans le cas d'un paiement amiable que le débiteur ferait au *dominus litis* ou dans le cas d'une compensation que le *dominus litis* opposerait au débiteur dans une instance judiciaire (L. 12, § 3; L. 15. *Rat. rem. hab.*, XLVI, 8).

Lorsque la stipulation est encourue, on a l'action *ex stipulatu* contre celui qui a joué le rôle de promettant, pour obtenir le montant du dommage causé par le renouvellement du procès : « *Si commissa est*
« *stipulatio in tantum competit, in quantum meâ*
« *interfuit, quantum mihi abest, quantumque lucrari*
« *potui.* » (L. 12, *Rat. rem. hab.*, XLVI, 8) (Comp. L. 2; L. 19, *Rat. rem. hab.*, XLVI, 8.). — Mais si l'action peut être intentée de suite, elle ne peut pas être jugée immédiatement, parce que le dommage ne pourra être apprécié qu'après la clôture de l'action intentée par le *dominus*. — Il y a cependant des cas où le *dominus* pouvait agir de nouveau sans que la stipu-

lation fût encourue. Ces cas nous sont indiqués par Papinien (L. 3, p. et § 1. *Rat. rem. hab.*, XLVI, 8). Il suppose d'abord que la caution *de rato* a été fournie par le *procurator* d'un mineur de vingt-cinq ans ; si ce mineur obtient ensuite l'*in integrum restitutio*, la stipulation ne sera pas exigible, parce que, le mineur eût-il agi lui-même, aurait pu aussi obtenir l'*in integrum restitutio*. Le second cas cité par le juriconsulte est celui du *dominus* qui interjette appel du jugement rendu contre le *procurator* ; là encore la stipulation ne sera pas encourue, puisqu'il aurait pu interjeter appel s'il avait agi lui-même : dans ces deux hypothèses, le *dominus* ne fait qu'user du droit commun.

La caution *de rato* ne s'opposait pas directement à ce que le *dominus* recommençât le procès dans lequel avait figuré le *procurator*, car ce dernier s'était engagé seul, il avait promis de faire ratifier par le *dominus* et cette satisfaction était fournie précisément pour le cas où le *dominus* voudrait recommencer l'instance. Mais alors l'adversaire se retournait contre le *procurator* et agissait contre lui en vertu de la stipulation qui avait été faite.

D'un autre côté le *procurator* étant un mandataire du *dominus*, et étant poursuivi par l'adversaire, avait l'action *mandati contraria* contre son mandant pour être désintéressé : car il est de principe qu'un mandataire ne doit pas souffrir des obligations contractées à l'occasion de son mandat. On voit, par suite, que par la satisfaction *de rato*, les Romains arrivaient in-

directement à faire respecter par le *dominus* la chose jugée vis-à-vis du *procurator*.

La caution *de rato*, est, nous l'avons dit, fournie en général, par tout *procurator* demandeur. (Gaius IV, §§ 98 et 100). — Il existe cependant quatre hypothèses dans lesquelles la caution *de rat* n'est pas due :

1° hypothèse du *procurator præsentis*.

2° hypothèse du *procurator apud acta factus*.

3° hypothèse du *procurator* indiqué dans un écrit remis au prince et introductif d'instance.

4° hypothèse du *procurator* indiqué dans une lettre adressée à l'adversaire.

Cela tient au caractère de certitude que revêt, dans ces quatre hypothèses, le mandat du *procurator*.

Il arrive quelquefois que le *procurator* du défendeur est tenu de fournir la caution *de rato*. C'est lorsque le défendeur à une action réelle est un simple *defensor* sans mandat certain ; en effet, si le *defensor* succombe, le *dominus* pourrait encore exercer la revendication contre le demandeur qui serait rentré en possession de la chose : la caution *de rato* est donc ici nécessaire : « *Sed et is, qui quasi defensor in rem actione convenitur, præter solitam satisfactionem judicatum solvi, etiam de rato debet cavere. Quid enim, si in hoc judicio rem meam esse pronuncietur; reversus ille, cujus defensor extiterat, velit fundum vindicare: Nonne ratum non videbitur habere, quod judicatum est ?...* » (L. 40, § 2, De proc., III. 3).

CAUTION judicatum solvi. — Cette caution tend à assurer l'exécution de la condamnation qui pourrait être prononcée. Elle n'est donc jamais stipulée que par le demandeur. Elle comprend trois clauses : *de re defendenda*, *de dolo malo de re judicata*, (L. 6. *Jud. solv.* XLVI. 7).

En vertu de la clause *de re defendenda*, si le défendeur refuse de procéder à la *litis contestatio*, ou s'il fait défaut après la *litis contestatio*, le demandeur peut agir *ex stipulatu* contre lui ou contre ses fidéjusseurs (L. 3, § 8 ; L. 5, § 3 ; L. 12. L. 13 pr. *Jud. solv.* XLVI. 7). — Cette manière de procéder, procure de grands avantages au demandeur. Elle lui épargne, dans le cas où le défendeur refuse de procéder à la *litis contestatio*, les lenteurs et les complications de la *missio in possessionem* ; et dans le cas où le défendeur fait défaut devant le juge, le recours aux trois édits nécessaires pour mettre le défaillant en demeure de comparaître devant le juge.

Par la clause *de dolo malo*, le défendeur promet de s'abstenir de tout dol, et nous lisons dans une loi de Venuleius (L. 19. *Jud. sol.* XLVI, 7) que l'on garantit *dolum malum abesse abfuturumque* c'est-à-dire même le dol postérieur à la promesse ; les héritiers du promettant appelés à continuer l'instance seraient donc tenus de leur dol comme succédant aux obligations de leur auteur.

Enfin grâce à la clause *de re judicata*, la plus importante et la plus utile des trois, le demandeur

n'est plus réduit aux voies ordinaires pour faire exécuter la condamnation. Il peut agir par l'action *ex stipulatu* soit contre le promettant principal soit (et c'est en cela que se manifeste surtout l'utilité de la clause *de re judicata*) contre les fidéjusseurs. L'action *ex stipulatu* a pour objet le *quod interest*.

Nous avons dit que la caution *judicatum solvi* n'est jamais stipulée que par le demandeur.

Quels sont donc les défendeurs qui sont tenus de la donner? — Toute personne qui plaide au nom d'autrui comme défendeur est tenu de fournir la caution *judicatum solvi*, et cela dans toutes les actions, soit personnelles, soit réelles: « *Ab ejus vero parte cum quo agitur, siquidem alieno nomine aliquis interveniat, omni modo satisdari debet, quia nemo alienæ rei sine satisfactione defensor idoneus intellegitur.....* » (Gaius IV, § 101). Mais il y a une différence à faire suivant que nous nous trouvons en présence d'un *cognitor* ou d'un *procurator*. Lorsque le *dominus* est représenté par un *cognitor*, c'est le *dominus* lui-même, nous l'avons vu, qui doit fournir la caution (*Fr. Vat.* § 317). Gaius IV. § 101.) (*L. 10. Jud. solv. XLVI, 7*). Il en est tout autrement quand le *dominus* est représenté par un *procurator*; c'est donc le *procurator* qui doit fournir la caution « *..... cum vero procurator defensurus intervenit, non dominus sed procurator judicatum solvi satisdare compellitur.* » (*Fr. Vat.* § 317).

Quant aux conséquences de l'inexécution de

cette obligation, elles sont très simples : le *dominus litis* est réputé *indefensus*.

*Effets de l'intervention du « procurator » quant à la
« litis contestatio »*

La *litis contestatio* (on désigne par là le moment où se termine la procédure devant le magistrat) a pour effet principal de transformer le droit déduit en justice. Cette transformation implique extinction du droit antérieur et création d'un droit nouveau (Gaïus III. § 180). Il y a donc, en réalité, un double effet : *effet extinctif* ; *effet créateur*.

L'extinction du droit antérieur a lieu soit *ipso jure*, soit *exceptionis ope* ; *ipso jure* c'est-à-dire que si le créancier veut agir de nouveau, sa prétention sera repoussée sans que l'adversaire ait besoin de faire insérer dans la formule l'exception *rei in iudicium deductæ* ou l'exception *rei iudicatæ*, ce qui serait nécessaire en cas d'extinction *exceptionis ope*.

Pour que l'extinction s'opère *ipso jure*, il faut que l'action soit personnelle, *concepta in jus* et qu'il s'agisse d'un *iudicium legitimum* ; elle s'opère *exceptionis ope* dès qu'une de ces trois conditions fait défaut.

Il y a aussi création d'un droit nouveau. Ce droit nouveau est basé sur un contrat qui se forme entre les parties au moment de la rédaction de la formule : « *incipit reus teneri litis contestatione.* » (Gaïus III. § 180).

Envisageons successivement d'abord l'effet créa-

teur, ensuite l'effet extinctif de la *litis contestatio* dans l'hypothèse de la présence d'un *procurator* au procès.

A. — *Effet créateur de la « litis contestatio »*

Le contrat dont nous venons de parler et qui prend naissance au moment de la *litis contestatio* se forme avec le *procurator*. C'est lui qui est le créancier ou le débiteur éventuel; la condamnation devra être prononcée pour ou contre lui; le *dominus* n'est plus en cause et devient étranger aux suites de l'instance; l'adversaire ne connaît plus que le *procurator*. En résumé, l'affaire devient pour ce dernier d'une *res aliena* comme une *res propria*. C'est ce qu'on a appelé le *dominium litis*.

A partir de la *litis contestatio*, le *procurator* devient *dominus litis*. De cette idée, les textes tirent plusieurs conséquences fort importantes.

Ainsi, à partir de la *litis contestatio*, le mandat *ad litem* échappe aux causes ordinaires de révocation du mandat.

Cependant, si le *dominus* voulait, soit figurer lui-même dans l'instance, soit substituer un autre mandataire, il pouvait demander une *translatio iudicii* au magistrat qui ne l'accordait que *cognita causa* :
« *Post litem contestatam, reus qui procuratorem dedit, mutare quidem eum vel in se litem transferre a vivo procuratore, vel in civitate manente, potest : causâ tamen prius cognitâ.* » (L. 17 pr., De proc. III, 3.)

Cette *translatio iudicii* avait pour résultat un changement dans la formule, une modification de la *condemnatio*. Il suffisait de substituer dans la *condemnatio* au nom du mandataire qui y figurait, le nom du *dominus* lui-même ou du mandataire qui devait être substitué.

Ainsi encore le *procurator* vaincu peut appeler *per procuratorem* : « *Si procurator qui iudicio inter-*
« *fuit, victus sit: an ipse quoque per procuratorem ap-*
« *pellare possit, videamus; quia constat, procuratorem*
« *aliū procuratorem facere non posse? Sed memi-*
« *nisse oportet quod procurator lite contestata dominus*
« *litis efficitur, et ideo et per procuratorem appellare*
« *potest.* » (L. 4, § 5. De app. XLIX, 1).

De même, à partir de la *litis contestatio*, si le *procurator* est demandeur, l'exception *doli mali* insérée dans la formule comprend le dol qu'il commettrait dans l'instance : « *Procurator agit: de dolo ejus*
« *excipi non debet; quia aliena lis est, isque rei ex-*
« *traneus: neque alienus dolus nocere alteri debet*
« *Si post litem contestatam dolo quid fecerit, an excep-*
« *tio eo nomine in iudicium objicienda sit, dubitari*
« *potest? quia litis contestatione res procuratoris fit,*
« *eamque suo jam quodammodo nomine exequitur; et*
« *placet de procuratoris dolo excipiendum esse. Idem*
« *de tutore qui pupilli nomine aget, dicendum est.* »
(L. 11, pr., De dol, mal. et met. exc., XLIV, 4).

Enfin les constitutions 22 et 23 au code De proc., II, 13, nous apprennent : 1^o que, après la *litis contestatio*, le mandant ne peut lui-même pour suivre le procès,

sauf dans certaines hypothèses ; 2° que le procès peut être poursuivi, même après le décès du mandant.

Nous avons dit qu'en vertu du contrat ou plutôt du quasi-contrat judiciaire qui se forme par la *litis contestatio*, le *procurator* devient le créancier ou le débiteur éventuel.

Reprenons cette idée et supposons un *procurator* intervenant pour le demandeur ; supposons en outre un *judicium legitimum*, *in jus* et *in personam*, nous arrivons au résultat suivant : le droit de créance du demandeur contre le défendeur se transforme en un droit de condamnation au profit du *procurator* du dit demandeur contre le même défendeur ; en d'autres termes *l'actori reum dare oportere* se transforme en un *procuratori reum condemnari oportere*. Le premier droit est éteint *ipso jure* ; un droit nouveau a pris naissance et c'est le *procurator* qui est titulaire de ce droit nouveau. On se trouve en présence d'une opération juridique appelée *delegatio*. La *delegatio* peut s'exécuter soit par une stipulation, soit par l'effet de la *litis contestatio* : « *Fit autem delegatio vel per stipulationem vel per litis contestationem*. (L. 11, § 1. *De nov.*, XLVI, 2).

Supposons maintenant un *procurator* intervenant pour le défendeur, supposons encore un *judicium legitimum*, *in jus* et *in personam* : le droit de créance du demandeur vis-à-vis du défendeur se transforme en un droit de condamnation au profit du demandeur contre le *procurator* du défendeur ; en un mot *l'actori reum dare oportere* se transforme en un *actori procu-*

ratores condemnari oportere. L'effet extinctif est le même que dans l'hypothèse précédente. On est ici en présence d'une *expromissio*. Paul appelle *expromissor* celui qui défend au nom d'autrui: « *Nemo alienæ rei expromissor idoneus videbitur nisi si cum satisfactione.* » (L. 110. § 1. *De reg. jur.* » L. 17).

Si on ne se trouve pas dans le cas d'un *judicium legitimum*, *in jus et in personam*, l'*obligatio* résultant du *condemnari oportere* se forme entre le *procurator* du demandeur et le défendeur, ou entre le demandeur et le *procurator* du défendeur de la même façon qu'elle se serait formée entre les parties elles-mêmes, s'il n'était pas intervenu de représentants; de plus, le défendeur de quelque côté qu'il y ait eu représentation est protégé par l'*exceptio rei in iudicium deductæ*, au moyen de laquelle il repoussera toute poursuite nouvelle qui serait exercée par le demandeur.

B. — Effet extinctif de la « *litis contestatio* »

Dans quelle mesure le principe de l'effet extinctif de la *litis contestatio* est-il applicable à l'hypothèse de l'intervention d'un *procurator* dans un procès? S'agit-il du *procurator* du défendeur, le principe s'applique sans restriction, que le *procurator* ait reçu ou non un mandai. Cela tient à ce que le fait d'un tiers suffit pour nous libérer « *Solutione vel iudicium pro nobis accipiendo et inviti et ignorantes liberari possumus.* » (L. 23 *de sol* XLVI. 3) (Comp. L. 39. *De. neg. gest* III 5. — L. 18. *De int. in jur.* XI. 1. — L. 11. § 7. *De exc rei jud.* XLIV, 2.)

S'agit-il du *procurator* du demandeur, une distinction est nécessaire.

Supposons d'abord que le *procurator* n'a reçu aucun mandat, ou, ce qui revient au même, qu'aucune ratification postérieure du *dominus* n'est intervenue, il est alors certain que le droit n'a pas été déduit *in iudicium*. Personne, en effet, ne peut nous ôter un droit malgré nous. (L. 27 pr., *De proc.* III, 3. — L. 31. *De jud.* V. 1).

Supposons maintenant que le *procurator* a reçu un mandat. Le principe de l'effet extinctif de la *litis contestatio* s'applique-t-il dans ce cas ? Pour répondre à la question, nous nous placerons à deux époques bien distinctes : 1^o à l'époque de Gaïus ; 2^o à la fin de l'époque classique.

Epoque de Gaïus. — Le *procurator* qui a reçu un mandat déduit-il *in iudicium* le droit du *dominus* ? Deux opinions se sont produites.

1^{re} Opinion. — Dès l'époque de Gaïus et même dans le droit antérieur le *procurator* mandataire déduit toujours *in iudicium* le droit du *dominus*.

On invoque le § 84 *in fine* du IV^e commentaire de Gaïus : « *quamquam et ille, cui mandatum est, plerumque satisfacere debet, quia sæpe mandatum initio litis in obscuro est et postea apud iudicem ostenditur.* » La plupart du temps le *procurator* mandataire doit fournir une *satisfactio*. Cela tient à ce fait que, au début du procès, l'existence du mandat

est souvent douteuse et que, par suite, une nouvelle action est à craindre de la part du *dominus*. N'est-ce pas là, dit-on, une preuve évidente qu'en principe, et abstraction faite du cas où son mandat est obscur, le *procurator* mandataire n'est pas obligé de *satisfare*, et que, par conséquent, la *litis contestatio* produit son effet extinctif ?

On invoque encore d'autres textes, tous antérieurs à Gaïus. Voici les principaux : « *Si te negotiis meis obtuleris et fundum nomine meo petieris : deinde ego hanc petitionem tuam ratam non habuero, sed mandavero tibi, ut ex integro eundem fundum peteres, exceptio rei judicatae non obstat : alia enim res facta est, interveniente mandato. Idem est si non in rem, sed in personam actum fuerit.* » (L. 25, § 2. De exc. rei. jud. XLIV, 2.) Le gérant d'affaires dont la gestion n'a pas été ratifiée n'a point éteint le droit du *dominus*. Il faut en conclure, dit-on, que le droit de ce dernier eût été éteint si la gestion d'affaires eût été ratifiée ou si un véritable *procurator* eût agi. L'argument *a contrario* s'impose. « *Si procurator iudicium de hereditate ediderit, deinde dominus fundum ex ea hereditate petierit, stipulatio ratam rem haberi committetur : quia si verus procurator fuisset, exceptio rei judicatae dominum summo veret. Plerumque autem stipulatio ratam rem haberi his casibus committetur, quibus si verus procurator egisset, domino aut ipso jure aut per exceptionem actio inutilis esset.* » (L. 22. § 8. Rat. rem. hab. XLVI, 8.) Il ressort de cette loi, dit-on,

que si la stipulation *ratam rem dominum habiturum* est encourue, cela tient à ce que ce n'est pas le véritable *procurator* qui a intenté l'action. Si le *verus procurator* eût agi, la demande du *dominus* eût été repoussée soit *ipso jure*, soit *exceptionis ope*. (Comp. L. 78, § 1. De proc. III. 3. — L. 1. C. De proc. II, 13.)

2^e Opinion. — A l'époque de Gaius, le *procurator* mandataire ne déduit pas *in iudicium* le droit du *dominus*. — Là est, nous le croyons, l'expression de la vérité.

Nous invoquons les premières lignes du § 98 du IV^e Commentaire de Gaius : « *Procurator vero si agat, « satisfacere jubetur ratam rem dominum habiturum : « periculum enim est, ne iterum dominus de eadem « re experiatur.* » Ce texte nous paraît absolument décisif. Il en résulte formellement qu'au cas où le *procurator* agit, avec ou sans mandat, l'action du *dominus* n'est pas éteinte. La disposition du § 98 est d'ailleurs conforme à l'esprit de la législation Romaine. On sait avec quelle difficulté les Romains ont admis que l'acte d'une personne pût avoir de l'influence sur le patrimoine d'un tiers. Une exception a été faite pour le *cognitor* parce que ses pouvoirs sont certains. Rien ne nous autorise à étendre cette exception au *procurator*.

Nous devons maintenant examiner les arguments des partisans de la première opinion. D'abord on peut se demander si la fin du § 84, à partir des mots

quamquam et ille est bien l'œuvre de Gaius ou si elle n'est pas plutôt le résultat d'une glose. — Il est très probable que nous sommes ici en présence d'un texte interpolé. On a conjecturé que le manuscrit actuel de Gaius était la copie d'un manuscrit dans lequel se trouvaient des gloses. Ce qui, à première vue, rend cette conjecture très vraisemblable, c'est la contradiction qui existe entre le § 84 et le § 98. On ne trouve pas dans le § 98 un seul cas où la *satisfactio* ne soit pas exigée du *procurator* demandeur. Et la contradiction est d'autant plus étonnante que les deux textes sont très voisins. — D'autres doutes sur l'authenticité du § 84 naissent de la contexture même de ce paragraphe. L'enchaînement des idées fait défaut et le raisonnement de Gaius est fort difficile à suivre. Le jurisconsulte, après avoir dit qu'une personne, alors même qu'elle n'aurait pas reçu de mandat peut-être considérée comme *procurator*, « *si modo bona fide accedat ad negotium et caveat ratam rem domini habiturum* » ajoute : « *quamquam et ille, cui mandatum est, plerumque satisfacere debet.* » Mais alors, quelle différence y a-t-il entre le *procurator* et celui qui peut être considéré comme *procurator* ? Aucune, puisque tous les deux sont astreints à fournir caution. Et cependant Gaius semble bien indiquer une différence entre eux. Il est vrai qu'à la fin du § 84 il explique pourquoi le *procurator* mandataire : *plerumque satisfacere debet*. Mais l'explication qu'il donne ne sert qu'à jeter de la confusion. En résumé, ce § 84 est loin d'être décisif ; c'est une raison

suffisante pour croire qu'il n'appartient pas à Gaius, dont la langue est toujours si claire et si précise.

On a tiré de la loi 25 § 2, *De exc. rei. jud.*, XLIV, 2, un argument *a contrario* qui est rien moins que concluant. Le jurisconsulte Julien se demande si l'exception *rei judicatæ* pourra être opposée à une même personne qui agit deux fois successivement en des qualités différentes. Il répond négativement. Est-ce à dire que si un *procurator* avait agi d'abord et le *dominus* ensuite, l'exception *rei judicatæ* aurait pu être opposée à ce dernier ? Certainement non. La seule conclusion qui se dégage logiquement du texte est la suivante : si dans le premier cas un *procurator* agit, il ne pourra pas agir dans le second cas sans se voir opposer l'exception *rei judicatæ*. L'argument *a contrario* ne vise pas le *dominus* ; il vise un *procurator* qui voudrait agir deux fois en la même qualité de *procurator* ; l'exception *rei judicatæ* lui serait opposable la deuxième fois.

On a enfin argumenté de la loi 22, § 8, *Rat. rem. hab.* XLVI, 8. Cette loi contient une interpolation évidente. Les mots *verus procurator* ont été mis à la place du mot *cognitor*. Si on traduit *verus procurator* (milieu du texte) par *procurator* mandataire et non par *cognitor*, on est obligé de traduire *procurator* (commencement du texte) par *falsus procurator*. Il est inadmissible que le jurisconsulte Julien ait eu une pareille incorrection de langage.

De ce qui précède, il résulte que, à l'époque de Gaius, la *litis contestatio* ne produit pas son effet

extinctif dans l'hypothèse de la présence au procès d'un *procurator* demandeur.

Fin de l'époque classique. — La *deductio in iudicium* est effectuée par tout *procurator* ayant reçu un mandat spécial ou un mandat général ; elle est encore effectuée par le gérant d'affaires, au cas de ratification postérieure du *dominus*.

Cette proposition est confirmée par les textes suivants : « *Hoc jure utimur ut ex parte actoris in exceptione rei judicatæ hæ personæ continerentur, quæ rem in iudicium deducunt : inter hos erunt procurator, cui mandatum est, tutor, curator furiosi vel pupilli, actor municipum : ex persona autem rei etiam defensor numerabitur, quia adversus defensorem qui agit litem in iudicium deducit.* » (L. 11, § 7. De exc. rei. jud., XLIV, 2). — « *Licet verum procuratorem in iudicio rem deducere verissimum est, tamen et si quis, cum procurator non esset, litem sit contestatus deinde ratum dominus habuerit, videtur retro res in iudicium recte deducta.* » (L. 56. De jud. V, 1). — « *Si is qui Stichum vel Damian, utrum eorum ipse vellet, stipulatus est : (et) ratum habeat quod alterum procuratorio nomine Titius petit ; facit ut res in iudicium deducta videatur, et stipulationem consumit.* » (L. 66. De proc., III, 3) (Comp L. 27 pr. De proc. III., 3.)

*Effets de l'intervention du « procurator » quant à la
sentence du juge*

Le droit né de la sentence du juge a pour sujet actif ou passif le *procurator*.

Ce droit est exercé par l'action *judicati* qui, au moins au début, est donnée au *procurator* ou contre lui : « *Interveniente vero procuratore, judicati actio ex edicto perpetuo ipsi et in ipsum, non domino vel in dominum competit.* » (Fr., Vat. § 317, *in fine*).

L'action *judicati* n'était pas la seule qui fût donnée à la suite d'une instance. Il pouvait encore y avoir lieu à l'action *ex stipulatu* pour obtenir le paiement de ce qui avait été stipulé dans la caution *judicatum solvi*. Ici encore, cette action *ex stipulatu* était donnée au *procurator* ou contre lui.

Le principe de la non-représentation est donc bien observé dans la *procuratio* ; les effets se produisent non en la personne du *dominus* qui n'a pas figuré au procès, mais en la personne du *procurator* qui seul a été partie.

Les règles que nous venons d'exposer relatives au *procurator* subirent d'assez bonne heure des modifications. On établit une distinction entre les *procuratores*, en envisageant la manière dont ils avaient été constitués, de telle sorte qu'on distingua entre le *procurator præsentis* et le *procurator absentis*. — Ce qu'était le *procurator præsentis* nous l'avons déjà vu (1). Nous

(1) Etude du *procurator*, section I., p. 40 et s.

savons aussi qu'on étendit de plus en plus cette notion de la *procuratio præsentis* et que l'on considéra comme *procurator præsentis* quiconque était constitué *procurator* lorsque cette constitution était portée à la connaissance de l'adversaire.

Le *procurator præsentis* fut assimilé au *cognitor* quant à l'action *judicati* : « *Quoniam præsentis procuratorem pro cognitore placuit haberi, domino causa cognita dabitur, et in eum, judicati actio.* » (Fr. Vat. § 331). — (Comp Fr. Vat., § 317 ; — L. 61 De proc. III, 3 ; — L. 4. pr., De re jud., XLII, 1). — Le *procurator absentis* continua d'être soumis aux anciennes règles sur la *procuratio* : « *procurator absentis, qui pro domino vinculum obligationis suscepit, onus ejus frustra recusat ; et ideo nec judicati actio, post condemnatum procuratorem, in dominum datur, aut procuratori qui vicit denegatur.* » (Fr. Vat. § 332).

A côté de l'action *judicati*, existait, avons nous dit, une action *ex stipulatu* dérivant de la caution *judicatum solvi*. Cette action *ex stipulatu* suivit le même sort que l'action *judicati*. C'est ce que décide un texte d'Ulpien où ce jurisconsulte supposant que le procès s'est engagé entre deux *procuratores* examine successivement la question à deux points de vue : 1° au point de vue du demandeur ; 2° au point de vue du défendeur, Il a soin de nous faire remarquer que l'action *ex stipulatu* sera donnée comme action utile au *dominus* ou lui sera refusée, selon qu'il aura ou non l'action *judicati*. (L. 28, De proc. III, 3).

REMARQUE. — L'assimilation du *cognitor* et du *procurator præsentis* existe relativement à la caution *de rato* : « *Cum autem certum est, mandatum perse-*
« *verare, id est, cum præsens est dominus, satisfactio-*
« *nis necessitas cessat.* » (Fr. Vat. § 333. *in fine*)
(Comp. Code, *lex unica de satisfando*, II, 57. Dioclétien et Maximien). Mais elle n'existe pas relativement à la caution *judicatum solvi*. C'est encore le *procurator* et non le *dominus* qui doit la fournir :
« *Quæ satisfactio adeo necessaria est, ut eam remitti*
« *non posse, etiamsi apud acta procurator constitua-*
« *tur, divus everus constituerit.* » (Fr. Vat. § 317).

CHAPITRE III

DES TUTEURS ET DES CURATEURS

Le rôle de ces personnes est double : elles peuvent laisser agir leurs pupilles ou protégés en se bornant à leur fournir l'*auctoritas* ou le *consensus* nécessaires ; ou bien elles peuvent agir elles-mêmes au nom de leurs pupilles ou protégés. C'est seulement dans ce dernier cas que nous nous trouvons en présence d'une représentation.

La possibilité pour le *tutor* ou le *curator* d'intervenir dans un procès, au nom d'un pupille ou d'un protégé, comme demandeur ou défendeur, existe certainement sous le système formulaire. Existait-elle aussi sous le système des actions de la loi ? On l'a soutenu, et on a interprété en ce sens les mots *agere pro tutela* des Institutes. Cette interprétation nous a paru inadmissible (1).

Le *tutor* et le *curator*, au point de vue de la représentation judiciaire, étaient, en principe, soumis aux mêmes règles que les *procuratores*. (Gaius, IV §§ 82, 85, 99, 101 *in fine* ; L. 54 § 1, *De proc.* III, 3). On arriva cependant, peu à peu, à les assimiler aux *cognitores* sous le double rapport de l'action *judicati* et de la caution *de rato* : « *Si tutor condemnavit, sive*
« *ipse condemnatus est : pupillo et in pupillum potius*

(1) *Supra*, p. 12 et 13.

« *actio judiciali datur.* » (L. 2, pr. *De adm. et per. tut.* XXVI. 7).

Vulgo observatur, ne caveat ratam rem pupillum habiturum quia rem in iudicium deducit. » (L. 23. *De adm. et per. tut.* XXVI, 7). « *Tutor ad utilitatem* » *pupilli novare et rem in iudicium deducere potest.* » (L. 22. *De adm. et per. tut.*, XXVI, 7). — (Comp. L. 11 § 7, *De exc. rei. jud.*, XLIV, 2); — L. 17 § 2, *De jurej.* XII, 2).

Ces derniers textes, en même temps qu'ils indiquent la dispense de la caution *de rato*, montrent l'effet extinctif de la *litis contestatio*, lorsqu'un tuteur ou un curateur agit comme demandeur pour son pupille ou son protégé. Cela au troisième siècle. En était-il de même à l'époque de Gaïus? On retrouve ici la controverse déjà signalée à propos du *procurator*.

Nous ne pensons pas que dès le second siècle les tuteurs et curateurs aient pu déduire *in iudicium* le droit de leurs pupilles ou protégés. Il existe, en effet, une solidarité étroite entre la non-extinction du droit porté en justice et l'exigence de la caution *de rato*. Or, à l'époque de Gaïus, la caution *de rato* est encore exigée des tuteurs et curateurs.

REMARQUE. — Ce que nous venons de dire du *tutor* et du *curator* est également vrai des *actores et syndici civitatis*, des *magistri universitatis* et autres semblables. Eux aussi furent, peu à peu, assimilés aux *cognitores* sous les deux rapports essentiels de la caution *de rato* et de l'action *judicati* : «*actor civitatis nec ipse cavet*

« nec magister universitatis, nec curator bonis con-
« sensu creditorum datus. » (L. 9, Rat, rem. hab.,
XLVI, 8). — Comp. L. 6, § 3, quod cujusc. q. univers.
nom. III, 4).

« Actor municipum potest rem judicatam recusare :
« in municipes enim judicati actio dabitur. » (L. 4, § 2,
De re jud., XLII, 1).

Époque de la procédure extraordinaire

Vers la fin du système formulaire le *procurator præsens* avait été assimilé au *cognitor*. En outre, la *procuratio* avait été étendue à des cas si nombreux qu'il n'y avait pour ainsi dire plus comme *procuratores absentes* que les *negotiorum gestores* et ceux dont le mandat ne pouvait être prouvé d'aucune façon. Tous ceux qui étaient porteurs d'une procuration non suspecte furent mis sur la même ligne, de sorte que, dans tous les cas de véritable mandat, les cautions particulières disparurent et que on donna l'action *judicati* directement au véritable *dominus* tant en sa faveur que contre lui. Seuls, ceux qui se présentaient pour autrui sans justifier d'une procuration, continuèrent d'être soumis aux anciennes règles sur la *procuratio* (Fr. Vat. § 332). On alla même jusqu'à décider que, en principe, et sauf quelques exceptions, le demandeur ne peut pas se faire représenter par une personne dont le mandat n'est pas constaté.

Dès lors, le *cognitor* n'avait plus aucune raison d'être. On le retrouve encore, il est vrai, au Code Théodosien (L. 7. *De cogn. et proc.* II, 12), mais il n'en est fait mention nulle part dans les œuvres de Justinien. Que conclure de là, sinon qu'il n'existait plus à l'époque de ce prince? Et c'est par ce motif, sans doute, que les compilateurs du Digeste ont substitué partout les mots *procurator* ou *verus procu-*

rator au mot *cognitor* qui se trouvait dans les ouvrages anciens.

Justinien au § 11 du livre IV, titre XIII, de ses *Institutes* indique la suppression d'une incapacité établie par l'Édit du préteur (L. 1, *De post.* III, 1). Nous voulons parler de l'incapacité des infâmes qui ne pouvaient ni plaider *alieno nomine*, ni constituer de *procuratores* : l'Empereur constate que l'exception *procuratoria* n'était pas usitée dans la pratique à leur égard, et, en conséquence, supprime totalement l'incapacité pour ne pas faire traîner l'affaire en longueur dans le cas où on voudrait élever une difficulté à ce sujet.

Justinien a restreint aux *illustres* la prohibition de plaider pour leur propre compte. (L. 25. C. *De proc.* II, 13; — Nov. 71). Cette prohibition atteignait les *clarissimi* dans le droit du Bas-Empire antérieur à Justinien.

Que sont devenues les cautions *de rato* et *judicatum solvi* sous le système de la procédure extraordinaire ?

Quant à la caution *de rato*, elle n'est fournie que par les *procuratores* dont le mandat n'a été ni insinué *apud acta* ni confirmé *in judicio* par le mandant lui-même (*Inst.* IV, 11, § 3). — Si elle est alors exigée, c'est qu'il y a incertitude sur l'existence réelle du mandat. Ce motif est indiqué par la constitution 1^{re} au Code *De proc.* II, 13; « *Cautio ratihibitionis* » *tunc exigitur a procuratore, quoties incertum est, an ei negotium mandatum sit.* ».

Pour la caution *judicatum solvi* nous devons distinguer trois hypothèses : (*Inst.* IV ; 11, § 4 et 5).

1° Le défendeur plaide lui-même, *proprio nomine* ; dans ce cas, que l'action soit réelle ou personnelle, il n'est plus obligé de fournir la caution *judicatum solvi* pour l'exécution du jugement ; mais il doit s'engager à rester dans l'instance jusqu'à la sentence. La forme de cet engagement qui dépend de la qualité des personnes, consiste soit en un serment, soit en une simple promesse, soit en une promesse avec satisfaction. Nous lisons au Code que le serment était la forme employée pour les *illustres* : « *Juratoria ab his cautione tantummodo exponenda.* » (L. 17. C. De dignit. XII, 1).

2° Le défendeur plaide *alieno nomine* ; il est présent et se fait remplacer par un *procurator* ; il doit fournir lui-même la caution *judicatum solvi*, qu'il peut donner soit devant le magistrat, soit extra-judiciairement.

Cette caution diffère profondément de la caution *judicatum solvi* dont nous avons déjà parlé : ce n'est plus une promesse principale garantie par des fidéjusseurs ; c'est une promesse par laquelle le *dominus* se porte fidéjuteur pour le *procurator*.

Le *dominus* doit, en outre, constituer hypothèque sur tous ses biens et promettre de venir entendre la sentence : cette dernière promesse est une véritable promesse principale, garantie par des fidéjusseurs.

3° Enfin, si le *dominus* est absent et qu'un tiers vienne défendre à sa place, celui-ci sera, comme autrefois, astreint à fournir la caution *judicatum solvi*.

APPENDICE

DE LA *Procuratio in rem suam*

A côté des représentants mandataires, et qui devaient rendre compte de l'exécution de leur mandat, existaient à Rome des *procuratores* (ou *cognitores*) qui étaient dispensés de cette obligation : on les appelait *procuratores in rem suam*. Ce n'étaient pas, à proprement parler, des représentants judiciaires ; aussi n'en dirons-nous que quelques mots.

Cette *procuratio in rem suam* ne se rencontrait pas dans les actions de la loi. Nul, alors, ne plaidait au nom d'autrui, et le mandat *ad litem* était inconnu.

La principale application est dans la cession de créances. En droit Romain les créances sont essentiellement inaliénables. Pour les Romains, le droit de créance consistant en une relation entre deux personnes déterminées ne saurait changer de titulaire sans cesser d'exister. La *procuratio in rem suam* vient suppléer aux modes d'aliénation directe. C'est un mandat par lequel une personne charge une autre personne d'intenter une action qui lui appartient, mais cela avec dispense de lui rendre compte. Ce mandat, évidemment, ne peut, par lui-même, transférer la créance ; mais cet effet sera attaché à la *litis contestatio*. Par la *litis contestatio*, le droit déduit en justice deviendra la propriété du mandataire *in rem suam* comme s'il lui eût toujours appartenu (L. 4, § 5,

De app. XLIX, 1). En somme, la *procuratio in rem suam* est un véritable procédé de cession, et ce procédé est d'autant plus utile au créancier que celui-ci n'a pas d'autre moyen de disposer de son droit sans le consentement de son débiteur.

La *procuratio in rem suam* répond-elle au but que se proposent les parties ? End'autres termes, fait-elle passer une créance d'un patrimoine dans un autre ? Non, et cela pour les raisons suivantes : d'abord la *procuratio in rem suam* est un mandat ; or, aucun mandat n'est par lui-même un acte d'aliénation. En outre elle est un mandat *ad litem*.

De ce que la *procuratio in rem suam* est un mandat *ad litem*, il résulte qu'il faut être capable de plaider *alieno nomine* pour pouvoir être cessionnaire, de même que le cédant doit pouvoir donner mandat *ad litem*, (Paul I., 2. 3.) Nous ferons cependant observer que certaines personnes pouvaient être *procuratores in rem suam* bien que ne pouvant être *procuratores* d'une façon générale. Les femmes jouissaient de cette exception : « *Feminæ in rem suam cognitoriam operam suscipere non prohibentur.* » (Paul I. 2, 2.) De même les militaires : « *.....excepto eo, qui in rem suam procurator datus est.* » (L. 8, § 2, *De proc.* III, 3.) — Quant aux infâmes, ils ne pouvaient primitivement donner ou recevoir une *procuratio in rem suam* puisqu'il leur était interdit de plaider par autrui ou pour autrui, mais on sait qu'ils furent relevés de leur incapacité par Justinien, (*Just.* IV. 13, § 11.) — En résumé, dans le dernier

état du droit, ceux-là pouvaient recevoir un mandat *in rem suam*, qui pouvaient ester pour eux-mêmes en justice.

Du principe que la *procuratio in rem suam* n'a que la valeur d'un mandat ordinaire, résultent les conséquences suivantes : tant qu'il n'y a pas eu *litis contestatio*, le *dominus* peut révoquer le mandat qu'il a donné ; il peut donc poursuivre le débiteur, faire acceptilation sauf, bien entendu, le recours du cessionnaire) L. 23, § 1, *de hered. vel. act. vend.*, XVIII, 4.) Le cédé continue d'être le débiteur du cédant et se libère valablement par un paiement fait entre ses mains. En outre, le débiteur peut opposer au cessionnaire toutes les exceptions qu'il acquiert contre le cédant, notamment l'exception tirée de la compensation. — Au surplus, comme tout mandat, la *procuratio in rem suam* s'éteint tant par la mort du cédant que par celle du cessionnaire.

Après la *litis contestatio*, le *procurator* est devenu *dominus litis*, et par suite, le débiteur n'est plus tenu vis-à-vis du cédant.

Telle fut la théorie primitive de la *procuratio in rem suam*. — Elle reçut, avec le temps, des modifications importantes, et, vers la fin de l'époque classique, elle avait à peu près complètement disparu. On commença d'abord par rendre le cédé responsable de son dol envers le cessionnaire (L. 17. *De trans.* II, 15). On finit ensuite par considérer le *procurator in rem suam* comme investi d'un droit propre et on lui donna des actions utiles ; c'est ce que

nous dit Ulpien, au Digeste: « *Plane si dicat, in rem suam se procuratorem datum. et hoc probaverit, non debet carere propria lite* (L. 25 *in fine De proc.* III, 3.) Et au même titre: « *Procuratore in rem suam dato, præferendus non est dominus procuratoris in litem movendam, vel pecuniam suscipiendam: qui enim suo nomine utiles actiones habet, rite eas intendit.* » (L. 55, *De proc.* III, 3). Le prêteur refusait donc l'action au cédant, et la donnait *utilitatis causa* au cessionnaire. Cela ne suffisait pas pour protéger complètement ce dernier, puisque le débiteur pouvait encore payer entre les mains du cédant et qu'il pouvait conclure avec lui des conventions tendant à éteindre la dette, en admettant qu'il n'y eût pas dol, mais il était très-difficile de prouver la mauvaise foi: en outre, même en supposant qu'il fût instruit de la cession, il pouvait toujours opposer les exceptions qui lui étaient acquises sans son fait contre le cédant, par exemple l'exception tirée de la compensation.

On permit alors au cessionnaire de signifier la cession au débiteur, et cette signification eut le même effet obligatoire que la *litis contestatio*: le cessionnaire prenait la place du créancier (L. 3. C. *De novat* VIII, 42).

Le *procurator in rem suam* était donc devenu, dans le dernier état du droit classique, un véritable acquéreur de la créance.

Malgré cette signification, les droits du cessionnaire restent les mêmes que ceux du cédant; il pourra

donc exercer toutes les actions qui étaient attachées à la créance, notamment contre les fidéjusseurs, de même qu'on pourra lui opposer les exceptions nées du chef du cédant avant la signification faite au débiteur.



DROIT FRANÇAIS

DES CONTRATS A TITRE ONÉREUX ENTRE ÉPOUX

INTRODUCTION

Les rapports juridiques entre toutes personnes et par suite, entre époux, étaient assez rares autrefois, et cela, en raison du petit nombre des besoins et du peu d'étendue des relations commerciales. Les contrats à titre onéreux entre époux devaient donc tenir une place relativement restreinte dans les législations anciennes.

Il n'en est plus de même à notre époque où les rapports juridiques ont pris une extension considérable, grâce au développement incessant de la civilisation qui a étendu les relations commerciales et multiplié les besoins.

Aujourd'hui les contrats à titre onéreux entre époux sont devenus très fréquents; ils sont très usités dans la pratique et, par leur importance, ils

nous ont paru mériter une étude spéciale sous l'empire de notre droit actuel.

Bien que nous n'ayons pas à faire l'histoire détaillée des contrats à titre onéreux entre époux, nous devons, néanmoins, esquisser dans un rapide exposé historique les principaux traits de la législation romaine et de la législation coutumière, sources mêmes de notre législation. — Un appendice sera consacré à l'étude des contrats à titre onéreux entre époux dans les principales législations étrangères actuelles.

Il est à peine besoin de dire que nous ne parlerons pas, dans ce travail, des contrats à titre gratuit entre époux si ce n'est lorsqu'il s'agira de les distinguer des contrats à titre onéreux.

Il va sans dire également que nous ne nous occuperons pas des rapports contractuels qui peuvent exister entre les futurs époux avant la célébration du mariage, bien que les conséquences de ces rapports contractuels se fassent sentir encore après cette célébration.

Le contrat de mariage est aussi en dehors du cadre de notre sujet; le contrat de mariage, en effet, doit être dressé avant la célébration du mariage; il est destiné à régler les intérêts pécuniaires des *conjointes futurs*; or, nous nous sommes proposé l'étude des contrats à titre onéreux *entre époux*, c'est-à-dire entre personnes ayant la qualité de mari et femme.

Il convient toutefois d'apporter ici une restriction. Les conventions matrimoniales, quoique ne faisant

pas l'objet direct de ce travail, attireront néanmoins notre attention. Nous aurons, en effet, plusieurs fois l'occasion de passer en revue les principaux régimes matrimoniaux de notre Code.

Nous ne nous occuperons que des contrats proprement dits ; quant aux engagements qui se forment sans convention, ils ne nous ont pas paru assez importants pour être l'objet d'une étude spéciale.

Tel est notre sujet ; ainsi envisagé, il présente un intérêt assez grand pour qu'un célèbre jurisconsulte, récemment enlevé à la science, ait pu dire de lui :
« sujet difficile, plus pratique encore et plus impor-
« tant que difficile, qui intéresse au plus haut degré
« tous les époux, toutes les familles. » (1).

(1) Demol. traité du Mariage, t. II, n° 234.

Exposé historique des contrats à titre onéreux entre époux

DROIT ROMAIN

A Rome, les contrats à titre onéreux entre époux furent, en principe, valables à toute époque. Cependant nous ne les voyons prévus et réglementés que dans les textes des derniers siècles de la République. A quoi faut-il attribuer cette apparition si tardive des contrats entre époux dans une législation où la liberté des conventions a toujours été si solidement établie et si fortement respectée ?

L'explication est très simple si on considère un instant les institutions du vieux droit. Sous la période des rois, en effet, et dans les premiers siècles de la République, la famille est organisée d'une façon tout-à-fait aristocratique ; elle est gouvernée par un chef unique, le *paterfamilias*, dont la puissance souveraine s'exerce à la fois sur les enfants et sur les esclaves, sur la personne et sur les biens. Dans cette famille, ainsi organisée, quelle est la situation de la femme ? Si elle n'est pas mariée, elle est sous la puissance du *paterfamilias* au même titre qu'un fils de famille ; si elle se marie, elle passe de la puissance de son père sous la puissance de son époux ; elle change de famille. C'est là l'effet de la *conventio in manum* qui, dans les temps primitifs, accompagnait presque tous les

mariages. « La sévère institution de la *manus*, nous
« dit M. Troplong, s'appuyant sur la confarréation,
« la coemption et l'usucapion, fait passer la femme
« dans le domaine du mari et lui donne un droit
« absolu sur la personne et sur tous les biens de la
« femme. La femme est acquise par lui à peu près
« comme une chose ; il devient maître de tout ce
« qu'elle possède et de tout ce qu'elle pourra acqué-
« rir par la suite ; la *conventio in manum* est un ti-
« tre universel d'acquisition tout aussi bien que la
« succession. L'épouse n'entre pas dans la famille
« comme l'égale de son mari, elle y est reçue comme
« fille (*filiae loco est*) pour y vivre sous la tutelle,
« parlons plus juste, sous la puissance de cet époux
« dont elle doit vénérer la majesté, subir la volonté,
« reconnaître le droit de propriété sur elle et sur ce
« qui dépend d'elle. » (1).

Avec un pareil régime matrimonial, tout contrat devait être absolument impossible entre époux.

A côté des mariages avec *manus* qui étaient certainement les plus nombreux on rencontrait quelques mariages libres. La femme, alors, se trouvait évidemment placée dans une situation tout autre ; elle n'était plus soumise aux conséquences rigoureuses de la *manus*. Des contrats, cependant, ne pouvaient pas davantage se former entre les époux. De deux choses l'une en effet : ou la femme est *alieni juris*, ou elle est *sui juris*. Si elle est *alieni juris*, elle est sous la

(1) Troplong. Préface du Contrat de Mariage, I, 37 et 38.

puissance du *paterfamilias* et nous connaissons déjà toute l'énergie et toute l'étendue de cette puissance. Si elle est *sui juris*, soit par l'émancipation, soit par la mort de son père, elle est placée sous la tutelle de ses agnas ou plutôt de son agnat le plus proche, tutelle qui s'exerce sur tous ses biens. Comment donc pourrait elle contracter avec son mari ?

L'organisation ancienne de la famille, la situation particulière faite à la femme expliquent la non-existence des contrats entre époux dans les premiers siècles de Rome.

Mais bientôt une transformation s'opère dans la législation, et ces contrats, impossibles autrefois, vont devenir très-fréquents, grâce à l'abolition de la *manus*, grâce aux émancipation dont le nombre s'accroît tous les jours, grâce enfin et surtout à la disparition de la tutelle des femmes. On connaît à ce propos le mot de Cicéron : « Nos ancêtres, dit-il, « voulurent que toutes les femmes fussent au pouvoir « de tuteurs ; mais de notre temps, au contraire, on « a imaginé des tuteurs qui puissent être au pouvoir « des femmes. » (1)

Vers la fin de la République, le régime dotal fait son apparition à Rome. On distingue, sous ce régime, deux sortes de biens : d'un côté les biens dotaux destinés à contribuer aux charges du ménage ; de l'autre, les biens paraphernaux de libre disposition dans la main de la femme, et sur lesquels

(1) Cicéron *pro Murena*, cap. XII, 27.

les époux peuvent contracter avec une entière liberté.

Cette liberté de contracter devient même si grande que des abus intolérables se font bientôt sentir.

C'est pour réprimer ces abus que fut porté un Edit d'Auguste, défendant aux femmes d'intercéder pour leurs maris. (LL, 1 et 2, *ad Senat Vell*, XVI, 1). De tels contrats, dit M. Troplong « rendaient les femmes orgueilleuses, insupportables ; ils mettaient la désunion, puis la captation dans le ménage. » (1).

L'Edit d'Auguste subsista jusque sous le règne de Claude ; à cette époque, il fut remplacé par le Sénatusconsulte Velléen qui édicta une prohibition beaucoup plus générale en interdisant aux femmes mariées ou non mariées d'intercéder même pour un étranger.

En même temps que l'Édit d'Auguste apportait une entrave à la liberté des contrats à titre onéreux entre époux, en défendant aux femmes d'intercéder pour leurs maris, les Prudents prohibaient les donations entre époux. Cette prohibition entra dans la coutume (*Fr. Vat.*, § 96) ; *moribus apud nos receptum est*, nous dit Ulpien (L. 1 pr. *De donat. int. vir. et ux.* XXIV, 1.) On voulut éviter les dépouillements irréfléchis et exagérés arrachés le plus souvent à la faiblesse de l'un des époux par une menace de divorce de la part de son conjoint. On voulut « assurer la liberté réciproque des époux et empêcher

(1) Troplong, Préface du contrat de mariage, I, 48.

« que le maintien du mariage ne s'achetât à prix d'argent. » (1).

A partir du règne d'Auguste, les donations entre époux furent donc complètement interdites. La validité des contrats à titre onéreux entre époux fut, au contraire, reconnue en principe. On constate une seule exception relative à l'intercession.

Sous Justinien, les époux jouissent de la plus grande liberté pour contracter. Des textes fort nombreux insérés dans les recueils de ce prince, attestent l'existence et la validité de presque tous les contrats que les époux peuvent faire entre eux. Voici quelques textes concernant les contrats les plus usuels et les plus importants :

Dans un cas d'obligation par *chyrographum*, la loi 9, § 3. *De jure dotium* XXIII, 3.

Pour la stipulation d'un *annuum* ou rente annuelle la loi 33, *De donat inter. vir. et ux.* XXIV, 1.

Pour le *mutuum*, la vente et le gage, les lois 7, § 6, *De donat inter vir. et ux.* XXIV, 1; — 12, *De præscriptis verbis* XIX. 5. — 28 § 13, *De liberat leg* XXXIV, 3.

Enfin pour la société la loi 16, § ult., *De alim vel cib. leg* XXXIV, 1.

Quant aux simples pactes, le principe général c'est encore la capacité des époux (LL. 1, 12 § 1, 29 pr, 31, 32 pr, *De pact dotal*, XXIII, 4) en l'absence de

(1) Accarias. Précis de droit Romain, 3^e édition, tome I. n° 309, p. 767.

prohibitions spéciales. — Comme exemples de pactes prohibés entre époux, indépendamment des donations, nous pouvons citer :

1° Les pactes sur le délit d'adultère (L. 18. C. *De transac*, II, 4. — L. 10, C. *Ad Legem Juliam* IX. 9); 2° la renonciation au bénéfice de compétence (L. 14. *Solutio matrim*, XXIV, 3).

A l'époque d'Auguste, avons-nous dit, les donations entre époux sont défendues. Au contraire, à cette même époque, les contrats à titre onéreux entre mari et femme sont, en principe, parfaitement valables. Il va en résulter que deux époux ne pouvant pas se faire de donations directement, essaieront de masquer leurs libéralités sous la forme d'un contrat à titre onéreux. De pareils actes qui ne sont au fond que des donations déguisées sont-ils valables ? sont-ils nuls ? Cette question, objet d'une controverse célèbre en droit romain (V. L. 5, § 5. *Dedonat int. vir. et. ux* XXIV, 1, est tout à fait en dehors de notre sujet. Nous ne devons pas, en effet, nous occuper des donations, mais seulement des contrats à titre onéreux entre époux. — Parlerons-nous davantage de la réforme importante apportée vers l'an 206 après J.-C. au régime légal des donations entre époux par un Sénatus-consulte de Caracalla qui décida que ces donations seraient déclarées valables, si le donateur mourait sans les avoir révoquées ? Ce n'est point ici le lieu. Nous nous bornerons à dire (et ceci est une conséquence du S. C. de Caracalla,) que, dans les ventes entre époux, si le donateur décédait sans avoir manifesté une vo-

lonté contraire, le contrat simulé pouvait avoir effet comme donation (L. 15, C. *De donat. int. vir. et ux.* V. 16).

En résumé la législation romaine, dans sa dernière expression, était loin d'être hostile aux contrats entre époux. Toutes les conventions de bonne foi étaient admises sans réserve. — Quant aux contrats déguisés, ils n'étaient pas vus avec une trop grande défaveur : « *Et sane non amare nec tanquam inter in-festos jus prohibitæ donationis tractandum est ; sed ut inter conjunctos maximo affectu, et solam ino-piam timentes.* » (L. 28. § 2, *De donat. int. vir. et ux.* XXIV, 1.)

DROIT COUTUMIER

Au point de vue du droit, notre ancienne France peut être divisée en deux zones bien distinctes : la zone des pays de droit écrit, et la zone des pays de coutumes.

Le droit écrit ayant suivi le droit Romain dans son dernier état, il nous suffit de renvoyer aux développements qui précèdent.

Le droit coutumier va nous apparaître comme un droit absolument autonome, empreint d'un caractère exclusivement personnel et national. Le principe qui domine dans les premiers temps de notre législation coutumière est le principe de la conservation des

biens dans les familles. De ce principe doit découler, comme conséquence logique et forcée, l'interdiction des contrats entre mari et femme, contrats qui auraient toujours pour résultat de faire passer un bien de la famille de l'un des époux dans la famille de l'autre époux. Or, c'est là précisément ce qu'on veut empêcher.

Écoutons, à ce sujet, Basnage le célèbre commentateur de la coutume de Normandie :

« Le droit Français, dit-il, a eu particulièrement
« cette vue de conserver les biens dans les familles
« et c'est pourquoi il n'est pas permis, comme par
« le droit Romain, de rendre cette prohibition illu-
« soire par une infinité de manières. » (1).

Le meilleur moyen de ne pas rendre cette prohibition illusoire était d'interdire à la fois les contrats à titre gratuit et les contrats à titre onéreux ; c'est ce qu'on ne manqua pas de faire :

« Le mari, durant le mariage, ne peut faire au-
« cune association, donation ou autre contrat avec
« sa femme. » (2).

« Gens mariés, constant leur mariage ne peuvent
« contracter l'un au profit de l'autre. » (3).

Cette sévérité ne devait pas durer ; et l'interdiction de contracter entre époux devait disparaître avec la cause qui l'avait fait naître. Aussi, quand la féodalité tombe, entraînant dans sa chute le principe de la

(1) Basnage sur l'article 410 de la Coutume de Normandie.

(2) Article 226 de la Coutume de Bourbonnais.

(3) Article 27 de la Coutume de Nivernais, chap. XXIII.

conservation des biens dans les familles, qu'elle avait engendré, voyons-nous la théorie des contrats entre époux, revenir insensiblement vers le principe de liberté.

Nous parlerons désormais exclusivement des contrats à titre onéreux.

Dans les derniers temps de notre droit coutumier, ces contrats sont parfaitement valables entre époux à la condition toutefois de ne pas renfermer de donations déguisées, et il convient d'ajouter que le déguisement était facilement présumé. La preuve de cette affirmation va ressortir avec évidence de citations tirées de nos coutumes les plus importantes et de passages empruntés à quelques ouvrages de nos principaux jurisconsultes coutumiers.

Nous lisons dans Pothier : « Notre droit français a
« été beaucoup plus attentif à prévenir tous les avantages indirects que des conjoints par mariage
« pourraient se faire par les différentes espèces de
« contrats qui interviendraient entre eux pendant
« leur mariage, par lesquels ils transporteraient l'un
« à l'autre quelque chose de leurs biens. » (1).

Lebrun n'est pas moins explicite : « Il y a, dit-il,
« divers cas où la femme peut contracter avec son
« mari. Rien n'empêche que mari et femme séparés
« contractent l'un avec l'autre, pourvu qu'ils ne se

(1) Pothier. Traité des Donations entre mari et femme, partie I, chap. II, art. 1, n° 78.

« donnent ni directement ni indirectement. » (1).

Ces deux auteurs, dont l'autorité ne peut être contestée, expriment la même opinion. Ce qui est défendu entre époux, disent-ils, ce sont les avantages indirects.

Consultons maintenant quelques coutumes.

Nous constaterons, dans chacune d'elles, des dispositions plus ou moins rigides, mais nous n'en verrons aucune prohiber complètement les contrats à titre onéreux entre époux. Des tempéraments adouciront toujours la rigueur d'un principe formulé d'une façon trop absolue.

Ainsi la coutume de Normandie qu'on peut regarder comme la plus sévère, à cet égard, pose la règle suivante : « Gens mariés ne se peuvent céder, donner ou transporter l'un à l'autre pour quelque cause que ce soit, ni faire contrats ou confessions par lesquelles les biens de l'un viennent à l'autre en tout ou en partie, directement ou indirectement. » (2).

Cette règle, beaucoup trop générale, est immédiatement corrigée par la disposition suivante : « Toute fois le mari ayant aliéné l'héritage de sa femme lui peut transporter du sien pour la récompense, pouvu que ce soit sans fraude ni déguisement et que la valeur des héritages soit pareille, et qu'il

(1) Lebrun. Traité de la Communauté, L. II, chap. 1, section III, n° 36.

(2) Coutume de Normandie, art. 410.

« apparaisse de l'aliénation du mari par acte authentique. » (1).

C'est ce qui a fait dire à Basnage : La coutume avait parlé trop généralement en l'article précédent lorsqu'elle avait défendu aux gens mariés de faire aucuns contrats entre eux par lesquels les biens de l'un viennent à l'autre : car, l'on pouvait induire de cette disposition générale qu'un mari n'aurait pu bailler de ses biens à sa femme pour le remploi de ses héritages qu'il aurait aliénés, mais elle n'avait intention que de défendre les contrats qui seraient faits en fraude et pour se faire avantage l'un à l'autre. » (2)

La coutume de Bourgogne permet les contrats entre époux en présence et avec le consentement des familles. « Le mari et la femme ne peuvent faire traité, donation, confession ou autres contrats, constant leur mariage, par testament ou ordonnance de dernière volonté ou autrement, si ce n'est du consentement des plus prochains parents vivants qui devaient succéder au mari ou à la femme. » (3).

Ce consentement des héritiers présomptifs était exigé, nous dit un vieil auteur : « *non solo favore mulierum, sed etiam favore agnatorum et cognatorum, ne hæreditaria bona diriperentur.* » (4).

(1) Coutume de Normandie, art. 411.

(2) Basnage, sur l'art. 411 de la Coutume de Normandie.

(3) Coutume de Bourgogne, art. 26.

(4) Bouhier, sur l'art. 26 de la Coutume de Bourgogne.

La coutume d'Auvergne défend les contrats qui appauvriraient la femme au profit du mari ou des personnes dont il est héritier présomptif, mais non ceux qui ne porteraient préjudice qu'au mari. « La femme, « durant le mariage, ne peut faire à son préjudice « aucune association, donation ny autre contrat avec « son mary et au profit d'iceluy ou d'autre à qui le « mary puisse succéder. » (1)

La coutume de Paris s'exprime ainsi : « Homme « et femme conjoints ensemble par mariage, cons- « tant et durant le dit mariage, ne se peuvent avan- « tager l'un l'autre par donation entre vifs, par « testament ou ordonnance de dernière volonté ni « autrement, directement ou obliquement en quel- « que manière que ce soit, sinon par don mu- « tuel. » (2).

Ce texte de la coutume de Paris est tout à fait général. Mais voici un tempérament apporté par Dumoulin : « *nullum ergo contractum, etiam reciprocum* « *facere possunt, nisi ex necessitate.* » (3).

Il nous semble résulter très nettement de ce qui précède que, dans le dernier état du droit coutumier, les contrats à titre onéreux entre époux étaient parfaitement valables. Les donations déguisées étaient, au contraire, rigoureusement prohibées. Aussi voyons-nous Pothier (4) déclarer nulle la vente faite à vil prix

(1) Coutume d'Auvergne, chap. XIV, art. 46.

(2) Coutume de Paris, art. 282.

(3) Dumoulin sur l'article 282 de la Coutume de Paris.

(4) Pothier. Traité de la vente, n° 39.

par le mari à sa femme non pas comme vente, mais comme donation déguisée.

REMARQUE. — Dans les pays de droit coutumier, la nécessité de ne pas porter atteinte aux conventions matrimoniales était une condition de validité des contrats à titre onéreux entre époux. (1).

Telle était, dans ses lignes principales, la législation de notre ancien droit sur la matière des contrats à titre onéreux entre époux.

Dans le droit intermédiaire, nous nous contenterons de signaler les lois du 17 nivôse au II et du 30 pluviôse au XII qui consacrent d'une façon absolue le principe de la liberté des contrats entre toutes personnes, entre époux comme entre étrangers.

Il convient toutefois d'ajouter que, dans la pratique, ces contrats étaient assez rares étant donné le peu de développement des relations commerciales.

Connaissant les précédents historiques, nous pouvons aborder l'objet essentiel de ce travail c'est-à-dire l'étude des contrats à titre onéreux entre époux dans notre droit actuel.

Nous diviserons notre sujet en deux chapitres : un premier chapitre consacré à l'étude générale des contrats à titre onéreux entre époux ; un deuxième, à l'étude spéciale des principaux contrats à titre onéreux entre époux.

(1) Lebrun. Traité de la communauté, l. 1, chap. III, n° 39.

CHAPITRE I

ÉTUDE GÉNÉRALE DES CONTRATS A TITRE ONÉREUX ENTRE ÉPOUX

Ce chapitre sera divisé en deux sections correspondant aux deux questions suivantes :

1° Les contrats à titre onéreux entre époux sont-ils défendus ou permis ?

2° S'ils sont permis, à quelles conditions le sont-ils, et quels en sont les effets généraux ?

SECTION I

LES CONTRATS A TITRE ONÉREUX ENTRE ÉPOUX SONT-ILS DÉFENDUS OU PERMIS ?

Telle est la question très grave qui s'impose tout d'abord à notre attention, et cela, parce que la loi n'a pas, par une disposition générale, prévu les contrats qui nous occupent, comme l'ont fait plusieurs législations étrangères modernes (1).

D'après une première opinion, les contrats entre époux qui ne sont pas expressément permis par un texte de loi sont défendus. Cette opinion, à peu près universellement abandonnée aujourd'hui, repose sur les arguments suivants :

(1) Hollande, Italie, Saxe, Fribourg.

1° Aucun texte du Code civil, ne permet, en général, les contrats à titre onéreux entre époux. Il existe même des textes (articles 1451, 1577, 2144) qui, en autorisant certains contrats entre époux par exception et dans des cas limitativement déterminés, prouvent que, en principe, ces contrats sont prohibés de la façon la plus rigoureuse.

2° Le législateur, dans l'article 1595, a prohibé la vente entre époux pour les deux motifs suivants : d'abord il a craint de voir éluder les prescriptions de l'article 1099. Rien n'aurait été, en effet, plus facile aux époux que de masquer leurs libéralités sous la forme d'une vente et rien n'aurait été en même temps plus difficile que de faire la preuve du déguisement. Il valait donc mieux déclarer la vente nulle pour couper court à toutes les difficultés. Le second motif est donné par Portalis lui-même dans l'exposé des motifs du titre de la vente : « Il répugne, dit-il, « que l'on puisse être à la fois juge et partie : *nemo* « *potest esse auctor in rem suam*. Or quand on autorise on est juge et on est partie quand on traite. On « peut, comme partie, chercher son bien propre et « particulier ; comme autorisant on ne doit travailler « qu'au bien d'autrui.

Ces raisons peuvent être invoquées en faveur de la prohibition des autres contrats.

L'échange, la société, le prêt avec ou sans intérêt, la transaction, le désistement sont aussi dangereux que la vente. Au surplus, le mari sera juge et partie

toutes les fois qu'il contractera avec sa femme à un titre quelconque ; or ces deux rôles sont absolument incompatibles. Le plus souvent il n'hésitera pas à sacrifier son devoir et à servir uniquement son intérêt. En outre si on analyse avec soin l'opération juridique dans laquelle le mari joue le double rôle d'autorisant et de partie, on n'y découvre pas les éléments d'un véritable contrat, c'est-à-dire le concours de deux volontés, l'union de deux consentements. Le mari seul a une volonté, le mari seul donne un consentement.

L'autorisation de justice accordée à la femme aura-t-elle pour effet de permettre aux époux de contracter ensemble ? Il semble que cette autorisation une fois obtenue par la femme, les deux époux doivent être replacés dans une situation égale et que, dès lors, ils peuvent débattre librement leurs intérêts. Rien n'est moins vrai cependant. Sans doute la maxime : *nemo potest esse auctor in rem suam* n'est plus ici applicable.

Mais, à défaut de cette maxime, on peut invoquer des considérations suffisamment puissantes. Peut-on dire qu'il y a égalité de situation entre les époux qui contractent. Mais l'inégalité est frappante, presque choquante ! Et, en effet, le mari est le chef du ménage, son autorité est souveraine ; de plus, il a l'habitude et l'expérience des affaires, ce sera donc lui qui règlera les clauses et conditions du contrat, il fera la loi du contrat, sa femme la subira ; elle se soumettra plutôt qu'elle ne consentira ; elle est pla-

cée par la loi elle-même dans un état de dépendance absolue vis à vis de son mari. Elle est pour ainsi dire en tutelle, et si on objecte qu'elle est relevée de son incapacité par l'autorisation de justice, elle n'en est pas moins à la merci de son mari qui lui imposera toujours sa volonté. Aucun contrat ne peut évidemment se former dans de pareilles conditions, alors que l'une des deux parties contractantes ne donne pas un consentement libre et éclairé.

3° Aux termes de l'article 2253, la prescription ne court point entre époux. Le but de ce texte est d'éviter dans le mariage des oppositions et des conflits d'intérêt qui ne se produisent jamais qu'aux dépens de la bonne harmonie. Permettre aux époux de contracter ensemble, ce serait violer ouvertement l'article 2253; ce serait, en effet, autoriser la naissance de *nouvelles* actions, alors que le cours des actions *déjà* nées est suspendu entre époux pendant le mariage.

4° Les époux, en contractant, porteront presque toujours atteinte à leurs conventions matrimoniales, or « les conventions matrimoniales ne peuvent recevoir aucun changement après la célébration du mariage. » (Art. 1395).

Il ne faut donc autoriser entre époux que les contrats expressément permis par la loi. La règle générale, c'est la prohibition. Telle était d'ailleurs la théorie de l'ancien droit coutumier.

Cette opinion nous paraît devoir être absolument

écartée. Nous la croyons contraire à la fois aux traditions historiques, aux textes de notre code, aux principes et à l'équité.

Nous pensons avec la majorité des auteurs que les contrats entre époux qui ne sont pas formellement défendus par une disposition législative claire et précise sont, en principe, parfaitement valables.

En thèse générale, tous les contrats sont permis entre toutes personnes. La capacité est la règle, l'incapacité l'exception. « Toute personne peut contracter si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi. » (Art. 1123.) Les époux sont-ils dans la règle, sont-ils dans l'exception? La réponse ne saurait être douteuse. Aucun texte ne défend formellement aux époux de contracter entre eux; ils sont donc régis par le principe de liberté écrit dans l'article 1123. Il est vrai que l'art. 1124 met la femme mariée au rang des incapables, mais cet article ne prononce pas contre elle une incapacité absolue. La preuve, c'est qu'une fois autorisée, elle recouvrera sa capacité complète; une fois autorisée, elle pourra contracter avec son mari. N'étant plus dans l'exception de l'article 1124, elle invoquera légitimement la règle de l'article 1123. — Comment soutenir, après cela, qu'il serait besoin d'un texte spécial permettant les contrats entre époux, pour en admettre la validité? L'article 1123 ne suffit-il pas? Et le législateur devait-il, distinguant soigneusement toutes les catégories de personnes entre les-

quelles pouvaient se former des rapports juridiques, répéter, pour chacune d'elles, ce qu'il avait déjà dit pour toutes d'une façon si claire et si précise ? Cette tâche eut été à la fois fastidieuse et inutile.

Mais, dit-on, si en principe, les contrats à titre onéreux entre époux sont valables, pourquoi le législateur a-t-il pris soin d'en permettre expressément quelques uns ? (Art. 1451, 1577, 2144).

La réponse est bien simple : le législateur a eu uniquement pour but de soumettre certains contrats entre époux à des règles spéciales. C'est ainsi que d'après l'article 1451 le rétablissement de la communauté doit avoir lieu par acte passé devant notaire et avec minute. C'est ainsi que l'article 1577 assimile le mari qui a la procuration de sa femme pour administrer ses paraphernaux à un mandataire. (1) Enfin d'après l'article, 2144 le mari, pour demander la restriction de l'hypothèse légale, doit obtenir le consentement de sa femme et réunir un conseil de famille composé des quatre plus proches parents de celle-ci.

Ces textes, on le voit, renferment des décisions de détail à propos de tel ou tel contrat. Ils ne peuvent donc fournir aucun argument en faveur du système de la prohibition. La seule conclusion qui se dégage logiquement de l'ensemble des dispositions des articles 1451, 1577 et 2144 est la suivante : les contrats entre

(1) Il convient de remarquer que la loi se préoccupe aussi du mari qui a joui des paraphernaux sans mandat (art. 1578 et 1579) et que, dès lors, il fallait bien un texte pour indiquer les conséquences de la jouissance du mari dans l'hypothèse d'un mandat.

époux qui n'ont pas été munis de règles particulières sont régis par celles qui gouvernent les conventions en général. D'ailleurs, si les contrats entre époux étaient en principe prohibés, on ne comprendrait pas pourquoi le législateur a défendu spécialement la vente (1595) et la société universelle (art. 1840). Il faut combiner les articles 1595 et 1840 avec l'article 1124 dernier alinéa. Sont incapables de contracter, dit ce texte, « tous ceux à qui la loi a interdit certains contrats ». Or la loi a interdit aux époux la vente (art. 1595) et la société universelle (art. 1840; ils sont donc incapables relativement à ces deux contrats. Qu'est-ce à dire sinon qu'ils sont parfaitement capables relativement aux autres contrats ?

En vain objecte-t-on en ce qui concerne la vente, que si le législateur a pris soin de la défendre spécialement, c'est que, étant un contrat usuel et important, elle aurait pu être considérée comme soustraite à la prohibition générale.

Nous ne voyons pas du tout en vertu de quel principe la vente aurait pu être déclarée valable alors que tous les autres contrats auraient été défendus. L'explication qu'on veut donner de l'article 1595 n'est ni rationnelle ni juridique. On comprend très bien au contraire, si on admet la validité des contrats entre époux, le but et la portée de cet article. C'est un texte d'exception, et les exceptions ne doivent point être étendues aux cas pour lesquels elles n'ont pas été expressément créées.

En vain objecte-t-on encore que les motifs qui ont

dicté l'article 1595 sont absolument généraux. Rien n'est moins vrai.

Deux motifs principaux ont fait interdire la vente entre époux :

Le premier c'est la crainte de voir éluder les prescriptions de l'article 1099 qui annule les donations déguisées entre époux.

Ce premier motif, a-t-on dit, doit s'appliquer à tous les contrats, car la fraude pourra se glisser dans tous avec une égale facilité : *Ubi eadem ratio ibi et idem jus*.

Cette maxime ne peut pas être invoquée ici. Le contrat de vente quoique assez simple en apparence, est particulièrement dangereux.

D'abord c'est le plus fréquent, le plus usuel, c'est donc celui qui viendra le premier à la pensée des époux qui voudront violer les prescriptions de l'article 1099.

En outre il est un élément dans la vente qui, plus que tout autre, peut donner lieu à la fraude et aux surprises : c'est le prix. On indiquera comme payé un prix qui ne l'a jamais été ou n'a jamais dû l'être, ou bien on paiera devant notaire le prix au vendeur apparent qui, en sortant de l'étude, le rendra de la main à la main au prétendu acheteur. Celui-ci ne sera, en somme, qu'un acquéreur à titre gratuit. Comment prouver cette fraude ? Il est toujours très-difficile de faire la preuve du déguisement d'une donation qui revêt la forme d'une vente ; aussi le législateur, pour éviter toute difficulté, a-t-il déclaré la vente nulle. Mais ce qu'il faut bien remarquer c'est que l'article 1595 est un texte exceptionnel ; on ne doit pas l'étendre sous peine de rendre

inutile la disposition de l'article 1099. En effet, si on prohibe tous les contrats à titre onéreux entre époux, à quoi sert l'article 1099 qui annule les donations déguisées, puisque les donations ne peuvent être déguisées que sous la forme de contrats à titre onéreux ?

Enfin si la vente avait été permise entre époux, elle n'aurait servi le plus souvent qu'à frauder les créanciers. Le mari, à la veille d'une faillite ou d'une déconfiture, se serait empressé de vendre ses biens à sa femme. Sans doute les créanciers auraient eu à leur service l'action Paulienne, mais pour réussir dans cette action, il faut faire la preuve de la mauvaise foi et on sait que cette preuve est toujours fort difficile à administrer. Pour toutes ces raisons il était nécessaire de défendre spécialement la vente entre époux.

Le deuxième motif qui a dicté l'article 1595 et qui, dit-on, doit forcément s'appliquer à tous les contrats entre époux, est tiré de l'inégalité de situation des conjoints et de l'incapacité de la femme mariée. On raisonne ainsi : la femme mariée est incapable *propter fragilitatem sexus* ; voilà pourquoi le législateur lui a donné un protecteur, un tuteur : le mari. Or le mari ne peut-être à la fois juge et partie, d'une part autoriser sa femme à contracter avec lui, d'autre part contracter avec elle. *Nemo potest esse auctor in rem suam.*

Ce motif est faux. Il n'est pas vrai de dire que la femme est incapable *propter fragilitatem sexus* ; son incapacité est bien différente de celle du mineur. Celle-ci est établie *propter imperitiam ætatis* et, par conséquent, dans l'intérêt du mineur. Celle-là n'est point

établie dans l'intérêt de la femme. Ce qui le prouve, c'est que les veuves et les femmes majeures non mariées jouissent, en général, de la même capacité que les hommes. L'incapacité de la femme mariée est une conséquence du mariage et de la puissance maritale. Son but est d'assurer l'unité d'action dans le ménage. L'autorisation du mari est requise surtout pour la conservation des intérêts matrimoniaux. « Sanctionner pour tous les actes de la vie civile, le « devoir d'obéissance imposé à la femme, disent « MM. Aubry et Rau, et garantir son patrimoine en « tant qu'il est destiné à subvenir aux besoins du « ménage et à assurer l'avenir de la famille, tel est le « double but que le législateur a eu en vue en établissant la règle de l'autorisation maritale, laquelle est « moins requise dans l'intérêt personnel de la femme « elle-même que dans celui du mari considéré comme « chef de l'union conjugale, et comme gardien de tous « les intérêts qui s'y rattachent (1). »

De ce qui précède, il résulte que le mari n'est point le protecteur, le tuteur de sa femme ; il autorise ou mieux il habilite sa femme tout simplement. Par suite la maxime : *nemo potest esse auctor in rem suam* applicable au tuteur du mineur ou de l'interdit n'a aucune raison d'être au regard du mari. On ne peut donc pas dire qu'il n'y a qu'une seule volonté quand les époux contractent ensemble. Il y a en réalité deux

(1) Aubry et Rau, 4^e édition, tome V, § 472, texte et note 5, p. 138 ; Demol. IV, 113 à 117. — En sens contraire : Valette, Cours de Code Civil, I. p. 329 ; Oudot, Du droit de famille, p. 63 et suiv. —

volontés et deux consentements, et, comme le dit Toullier : « l'union intime des époux ne les empêche pas
« de former deux personnes distinctes tant au physique
« qu'au moral (1). »

A cette affirmation de Toullier on oppose l'opinion de Portalis. Cette opinion, bien qu'on la trouve consignée aux travaux préparatoires, ne saurait avoir aucune valeur puisqu'elle est fondée sur la règle : *nemo potest esse auctor in rem suam*, et que cette règle vient d'être reconnue inapplicable au mari. Portalis s'est trompé sur le caractère de l'incapacité de la femme mariée.

On insiste : cette idée mise de côté que le mari est le protecteur et le tuteur de sa femme, les conséquences de la maxime *nemo potest esse auctor in rem suam* étant écartées, en supposant même le contrat fait avec l'autorisation de la justice, peut-on dire qu'il y a égalité de situation entre les époux qui contractent ? Une influence plus ou moins légitime, peut-être même les surprises, le dol seront à redouter de la part du mari. Le consentement de la femme sera arraché par la crainte ou par la violence. En un mot, la femme sera sacrifiée au mari.

Il faut répondre que la bonne foi est toujours présumée et qu'on ne peut établir une présomption légale de dol ou de violence là où, après tout, dominant le plus souvent les liens d'affection et de désintéresse-

(1) Toullier. XII, 41

ment. D'ailleurs, ne peut-on pas invoquer par analogie l'article 1114 du Code civil aux termes duquel : « La seule crainte révérentielle envers le « père, la mère ou autre ascendant ne suffit point « pour annuler le contrat. » ?

En outre, si la femme, comme on le prétend, n'est pas libre en principe, si elle n'est pas dans une situation telle qu'elle puisse débattre utilement ses intérêts, comment se fait-il que la loi lui permette plusieurs contrats à titre onéreux très-importants (article 1541 pour le rétablissement de la communauté, article 1577 pour le mandat, article 1595 pour la vente dans certains cas) ? Doit-on supposer que le législateur a été illogique dans ses décisions alors qu'il est si facile de les interpréter raisonnablement ? Il a autorisé quelques contrats entre époux ; c'est donc que, d'une part, il a présumé, en principe, la liberté du consentement chez la femme et que, d'autre part, il n'a pas considéré comme inévitables les dangers qu'on a représentés si graves et si menaçants.

On insiste encore : Permettre les contrats entre époux, dit-on, c'est faire naître de nouvelles actions alors que la loi s'est efforcée d'empêcher l'exercice des actions déjà nées (article 2253), c'est introduire d'une façon permanente la fraude et la guerre au foyer conjugal.

Ces considérations sont évidemment très-sérieuses. On peut répondre d'abord que le législateur en a tenu compte. D'un côté, en effet, il a prohibé les contrats absolument dangereux tels que la vente (article

1595) et la société universelle (article 1840); de l'autre, tout en autorisant certains contrats désirables et utiles, il les a entourés de garanties, parce qu'ils pourraient présenter des dangers : ainsi la restriction de l'hypothèque légale de la femme que les articles 2144 et 2145 soumettent à plusieurs conditions. On ne doit pas se montrer plus sévère et plus méfiant que le législateur lui-même.

En outre, les considérations qu'on a invoquées sont-elles bien conformes aux véritables intérêts des époux sagement entendus ? Et, sous prétexte d'écarter des fraudes qui n'existeront peut-être jamais, sous prétexte d'empêcher que l'un des époux ne puisse s'enrichir aux dépens de l'autre, sous prétexte enfin de conjurer le danger tout à fait hypothétique, qui pourrait résulter d'une désunion dans le ménage, est-il équitable de défendre entre mari et femme des contrats d'une utilité évidente et d'une nécessité pratique de tous les jours ?

Les conventions entre époux peuvent être éminemment désirables. Loin d'être une cause de ruine pour l'un des époux, elles peuvent être une source de gains pour la société conjugale ; loin de semer la discorde et la division dans le ménage, elles peuvent au contraire y faire régner la plus parfaite harmonie. Il en est ainsi du dépôt et du commodat qui sont, avant tout, de bons offices qu'il était, par suite, impossible d'interdire ; de même pour l'échange et le partage dont le caractère ne saurait être suspecté. Mais cela est vrai aussi de toutes les autres

conventions, c'est-à-dire du bail, du prêt, de la transaction, de la rente viagère, du contrat d'assurance sur la vie, et surtout d'un contrat qui tend à devenir tous les jours plus fréquent et qui est un puissant instrument de production et de crédit: le contrat de société. Le mari, par hypothèse, a absolument besoin de fonder une société, va-t-on le contraindre à prendre pour associé un tiers, qu'il ne connaît pas, dont la coopération ne présentera peut-être aucune garantie et, dans tous les cas, avec lequel il sera obligé de partager les bénéfices? Ne vaudrait-il pas mieux que la société pût se contracter entre les deux conjoints et que la totalité des bénéfices fût pour la famille? La réunion des efforts des deux époux basée sur une confiance réciproque et sur une parfaite unité de vues contribuerait certainement dans une large mesure à la prospérité du ménage.

Reste une objection. Elle se formulé ainsi :

Les époux ne peuvent, aux termes de l'article 1395, apporter aucune modification à leurs conventions matrimoniales après la célébration du mariage ; or leur permettre de contracter ensemble, c'est leur permettre indirectement de violer la loi, car, en fait, il arrivera presque toujours que les époux, en contractant, dérogeront à leurs conventions matrimoniales. Pour que la disposition de l'article 1395 soit respectée, il faut prohiber les contrats entre mari et femme.

Nous répondrons : L'article 1395 n'est point du tout un obstacle à la formation des rapports juridiques

entre époux. Le texte se borne, en effet, à dire que les conventions matrimoniales ne doivent subir aucun changement après la célébration du mariage. Il suppose donc la parfaite validité des contrats entre époux qui ne portent pas atteinte à cette immutabilité.

Notre conclusion est que, sous l'empire du droit actuel, les contrats à titre onéreux entre époux sont permis, comme ils l'étaient dans la dernière époque du droit coutumier (1).

La femme peut contracter avec son mari. Mais pour qu'elle puisse faire un contrat valable, il faut qu'elle soit autorisée. C'est un principe certain de notre droit que la femme mariée a besoin d'une autorisation toutes les fois qu'elle veut contracter, et cela, soit que l'affaire se passe entre la femme et un tiers, soit qu'elle se passe entre la femme et le mari.

Pour être exact, nous dirons : Le mari et la femme *autorisée* peuvent contracter ensemble.

Par qui la femme doit-elle être autorisée pour qu'elle puisse contracter valablement avec son mari ?

Cette question et celle que nous venons d'étudier nous paraissent être intimement liées. L'une est la continuation de l'autre, le corollaire de l'autre, ou plutôt les deux questions n'en font qu'une.

(1) Demolombe. Du mariage, II, n° 231 et suiv.;
Marcadé sur l'article 1595;
Bugnet sur Pothier, VII, p. 479;
Toullier, XII, n° 41;
Zachariæ, III, p. 332;
Duvergier. De la vente, chap. II, sect. I, n° 176.

Par qui donc la femme doit-elle être autorisée? Est-ce par son mari, est-ce par la justice? Notre opinion est que l'autorisation maritale suffit:

Aux termes de l'article 217, l'autorisation du mari est la règle. L'autorisation maritale est nécessaire et suffisante à moins que la loi, par une disposition formelle, n'exige l'autorisation de justice. Or quels sont les cas dans lesquels la loi exige l'autorisation de justice? Le Code les énumère dans les articles 219, 221, 222 et 224. Ces articles sont des textes d'exception, et, à ce titre, doivent être interprétés restrictivement. Le cas où le mari contracte avec sa femme n'étant pas compris dans les exceptions est demeuré sous l'empire de la règle générale; la femme, par suite, est valablement autorisée par son mari.

De quelle façon interviendra l'autorisation du mari? Est-il nécessaire qu'elle soit exprimée dans un acte à part ou une phrase expresse de l'acte? Non. D'après l'article 217, le concours du mari dans l'acte suffit; or ce concours est forcé dans un contrat entre époux; donc, à cette seule condition, la femme est alors parfaitement habilitée et capable (1).

On objecte la maxime *nemo potest esse auctor in*

(1) Demolombe. Du mariage II, n° 234 et suiv.

Marcadé sur l'article 224, n° 2.

Aubry et Rau, 4^e édition, tome V, § 472, texte et note 47, p. 149.

Laurent. Principes de Droit civil français, tome III, p. 172.

Merlin. Questions de droit V^o puissance maritale, t. XII, p. 244.

Grenoble, 11 mars 51. (D. P. 53. II. 63).

Bordeaux, 29 août 56. (D. P. 56. II. 202).

• Montpellier, 18 nov. 53. (D. P. 55. II. 90).

rem suam. Le mari, dit-on, est un véritable tuteur vis-à-vis de sa femme. Il ne peut pas être à la fois juge et partie. Ces deux rôles sont absolument incompatibles. Dès lors, il ne peut, en aucune façon, autoriser sa femme à contracter avec lui. L'autorisation de justice est donc indispensable ; cela résulte d'ailleurs des articles 1558 et 2144 qui font une application de la règle : *nemo potest esse auctor in rem suam*. Dans les hypothèses visées par ces articles, le mari ne demanderait certainement pas mieux que d'autoriser personnellement sa femme. Mais la loi se défie de son autorisation parce que son intérêt personnel est contraire à celui de sa femme. Les solutions qui se dégagent des dispositions des articles 1558 et 2144 doivent être généralisées, en ce sens que, toutes les fois que dans un contrat entre époux, les intérêts de la femme et les intérêts du mari seront en opposition, l'autorisation de la justice sera nécessaire. Et c'est, ajoute-t-on, ce qu'a décidé très-justement un arrêt de la cour de Turin du 17 décembre 1808. (1). La cour dit que l'autorisation du mari doit, ne fut-ce qu'en partie, garantir les intérêts de la femme et des enfants ; où est la garantie quand le mari est personnellement intéressé ? Ne pourra-t-il pas sacrifier l'intérêt de sa femme et de ses enfants à son intérêt personnel ? Il importe donc au plus haut degré que la justice intervienne.

(1). Turin 17 décembre 1808 (Daloz V^o mariage, n^o 814 1^{re}).
Bruxelles, 1^{er} juin 1857 (Pasirisie 1857. 2. 274).

A ces arguments nous répondrons :

La règle : *nemo potest esse auctor in rem suam* ne peut pas être invoquée ici. Cette règle qui a été établie par les jurisconsultes romains en matière de tutelle ne s'applique point au mari. L'autorisation du mari n'est pas donnée dans un but de protection pour la femme. Le mari, comme nous l'avons déjà fait remarquer, est avant tout, appelé à sauvegarder les intérêts de la famille et son autorisation n'est fondée que sur la nécessité de maintenir l'autorité maritale et sur la garantie due aux intérêts matrimoniaux. — Quant aux articles 1558 et 2144 qu'on a présentés comme une application de la règle : *nemo potest esse auctor in rem suam* et dans lesquels on a cru trouver la preuve que l'autorisation de justice était nécessaire à la femme qui contractait avec son mari, ils nous paraissent absolument étrangers à une question d'autorisation. La justice intervient, il est vrai, mais ce n'est point pour autoriser la femme. En effet, l'article 1558 a uniquement pour but d'apporter une exception au principe de l'inaliénabilité dotale et de permettre aux époux, *au mari et à la femme*, de vendre le bien dotal déclaré en principe inaliénable. De même, dans l'article 2144, si le contrôle de la justice est exigé, ce n'est point pour suppléer à l'autorisation maritale, c'est à cause du caractère particulièrement grave que présente la restriction à l'hypothèque légale de la femme mariée.

Il faut donc décider que l'autorisation maritale est tout à la fois nécessaire et suffisante.

C'était, du reste, la théorie de notre ancien droit.

Beaucoup d'auteurs prétendaient même que la femme, lorsqu'elle contractait avec son mari, n'avait nullement besoin d'autorisation (1).

Lebrun enseigne positivement que « dans le cas où il est permis aux conjoints de contracter ensemble, la femme n'a pas besoin d'autorisation. » (2).

Pothier n'est point de l'avis de Ricard et de Lebrun ; il exige une autorisation, mais ce n'est pas l'autorisation de justice, c'est l'autorisation maritale. Voici comment il s'exprime :

« Si un tuteur ne peut pas être *auctor in rem suam*
« c'est que l'autorité du tuteur étant requise pour
« veiller à l'intérêt du mineur, un tuteur n'est pas
« propre à autoriser son mineur pour des contrats
« dans lesquels le tuteur a un intérêt contraire à
« celui du mineur ; ce qui ne reçoit aucune applica-
« tion à l'autorisation du mari qui n'intervient pas
« pour veiller aux intérêts de la femme qui est capa-
« ble d'y veiller elle-même, mais pour habiliter sa
« femme à contracter ; or il peut également l'habi-
« liter pour un contrat qui intervient entre lui et sa
« femme, comme pour des contrats que sa femme
« fait avec des tiers ; c'est pourquoi, nonobstant l'a-
« vis de ces auteurs, il est plus sûr que le mari auto-

(1) Ricard. Traité du don mutuel, n° 47.

(2) Lebrun. De la Communauté, liv. II. chap. I, section 3, n° 39.

« rise sa femme dans les contrats qui interviennent
« entre lui et elle. » (1).

Guy-Coquille seul, après avoir enseigné que « si
« la femme voulait disposer au profit de son mari,
« elle pourrait en cette coutume le faire et ne se dira
« que le mari ait été *auctor in rem suam*, » reconnaît que d'autres allèguent que « le plus sûr est d'y
« employer le juge qui prêtera autorité. » (2) Mais
c'était là une opinion fort peu accréditée.

De ce qui précède il résulte que, dans notre ancien droit, la règle *nemo potest esse auctor in rem suam* n'était point appliquée au mari dans ses rapports avec sa femme, et nous croyons avoir suffisamment démontré qu'elle ne lui est pas applicable sous l'empire de notre droit actuel.

Il faut, toutefois, excepter un cas. C'est celui où le mari traiterait avec sa femme mineure, une affaire pour laquelle celle-ci aurait besoin de l'assistance d'un curateur. Le mari, dans cette hypothèse, ne pourrait autoriser sa femme. Y a-t-il là une véritable exception ? Nous ne le pensons pas. Ce n'est pas, en effet, le mari qui est alors incapable d'autoriser la femme ; c'est le curateur qui ne peut pas prêter son assistance à la mineure émancipée.

Duranton (3) distingue les actes qui se passent uni-

(1) Pothier. De la puissance maritale, n° 42. Nouv. Denizart, tome II, V° auctor, § 2, n° 14.

(2) Guy-Coquille. Coutume de Nivernais, droits des gens mariés art. 1.

(3) II 471 à 473.

quement entre les deux époux de ceux que la femme passe avec des tiers dans l'intérêt de son mari. Aux premiers seuls il applique la règle: *nemo potest esse auctor in rem suam*. Cette distinction paraît avoir été puisée dans les motifs de l'arrêt de la Cour de Cassation du 13 octobre 1812 (1); elle est absolument arbitraire, car elle ne résulte ni des textes ni de l'esprit de la loi. « La femme, disent MM. Aubry et Rau, « court tout autant de dangers lorsqu'elle traite avec « des tiers dans l'intérêt de son mari que quand elle « contracte avec ce dernier personnellement. Si donc « l'autorisation maritale était requise en faveur de la « femme, le mari devrait tout aussi bien dans le premier cas que dans le deuxième être privé du droit « de la donner (2). »

La distinction proposée par Duranton est donc inadmissible. De plus, cet auteur (II, 473) se réfute lui-même en approuvant le décret du 17 mars 1809 qui permet à la femme de constituer un majorat en faveur de son mari avec l'autorisation de ce dernier. Pour être logique, il ne devrait pas admettre cette exception au principe qu'il a posé.

REMARQUE. — L'autorisation du mari est nécessaire mais suffisante. C'est là, croyons-nous, le véritable système de la loi. La loi, sur ce point, n'est pas à l'abri de toute critique. Si, en droit, on peut considérer

(1) Cass. 13 octobre 1812 (Sirey 1813.1.143.)

(2) Aubry et Rau 4^e édition tome V § 472, texte et note 47. p. 149

comme égale la situation des époux qui contractent ensemble, il n'en est pas toujours de même en fait. On peut craindre des abus d'influence de la part du mari, des entraînements irréfléchis de la part de la femme. Ces inconvénients ne sont certainement pas assez graves pour déterminer la prohibition des contrats entre époux, mais sont néanmoins assez sérieux pour faire entourer ces contrats de certaines garanties. Aussi le législateur eût-il été peut-être plus sage d'exiger l'intervention de la justice dans les contrats entre époux. C'est ce que n'ont pas manqué de faire plusieurs législations étrangères, notamment le nouveau Code civil Italien (1) qui, dans son article 136, décide que la femme devra être autorisée par la justice toutes les fois qu'il y aura opposition d'intérêts entre elle et son mari. Voici comment M. Gide apprécie le système de la loi italienne. « C'est, dit-il, précieusement l'inverse de celui qu'ont suivi nos législateurs : chez nous, la femme se trouve-t-elle privée de l'assistance maritale, le législateur la considère comme incapable et la place sous la tutelle des tribunaux ; se trouve-t-elle en conflit d'intérêts avec son mari, le législateur l'abandonne à elle-même. » (2).

Nous nous associons pleinement à cette critique faite à notre loi par le savant auteur.

(1) De même le Code Sarde, article 133.—Le Code Hollandais article 169. — Les Codes des cantons de Vaud article 120 et de Fribourg article 361.

(2) Gide. De la législation civile dans le nouveau royaume d'Italie. Paris, 1866 page 17.

SECTION II

A QUELLES CONDITIONS LES CONTRATS A TITRE ONÉREUX ENTRE ÉPOUX SONT-ILS PERMIS ET QUELS EN SONT LES EFFETS GÉNÉRAUX ?

§ I

A quelles conditions les contrats à titre onéreux entre époux sont ils-permis ?

Les contrats à titre onéreux entre époux sont permis aux deux conditions suivantes :

1° A la condition de ne pas déroger aux conventions matrimoniales ;

2° A la condition de ne pas constituer une vente ni, en principe, une dation en paiement déguisée.

On ajoute, en général, une troisième condition.

Il faut, dit-on, que les contrats à titre onéreux entre époux ne renferment pas une donation déguisée.

Est-ce bien là une véritable condition de validité ? Non, à notre avis. En effet un contrat qui cache une donation n'est point un contrat à titre onéreux ; on ne doit pas s'attacher à sa forme apparente ; au fond c'est un contrat à titre gratuit, c'est une donation que la loi appelle : *donation déguisée* (articles 911 et 1099). Or l'étude des donations entre époux, quel que soit le caractère de ces donations, est absolument en dehors de notre sujet. Il y a cependant une catégorie de libéralités dont nous devons nous occuper ,

nous voulons parler des libéralités indirectes. Ce sont des libéralités contenues dans un contrat à titre onéreux, mais qui n'enlèvent pas à ce contrat son caractère de convention à titre onéreux. Ces libéralités peuvent être considérées comme une des suites du contrat, elles sont un effet indirect de l'exécution du contrat, voilà pourquoi elles ont reçu la dénomination de *libéralités indirectes*.

Cette définition que nous avons essayé de donner des donations déguisées et des donations indirectes ne peut être d'aucun secours dans la pratique pour permettre de séparer nettement ces deux genres de libéralités. La distinction est bien difficile à faire lorsque rien ne révèle l'intention des parties ou qu'il y a contradiction entre leurs affirmations. Au point de vue de notre étude, il sera, cependant, très-important de savoir, si étant donné un contrat à titre onéreux renfermant une libéralité, on se trouve en présence d'une libéralité indirecte ou d'une libéralité déguisée. Dans le premier cas, en effet, le contrat à titre onéreux conservera son caractère, et, par suite, rentrera dans le cadre de notre sujet; dans le deuxième cas, au contraire, il constituera une donation déguisée et n'attirera nullement notre attention.

On voit combien est grand l'intérêt de la distinction, au point de vue qui nous occupe (1).

(1) Cet intérêt se manifeste, en outre, en ce que les libéralités indirectes sont valables entre époux sauf réduction à la quotité disponible (art. 1099 1^{er} alinéa), tandis que les donations déguisées sont nulles en vertu du même article 1099, 2^e alinéa (si elles excèdent la quotité disponible, dans notre opinion).

Mais cette distinction elle-même n'est pas faite. Comment l'établir ? M. Colmet de Santerre a proposé un *criterium* à l'aide duquel on pourra, d'après lui, distinguer facilement les donations déguisées des donations indirectes. « La qualification d'indirectes
« désigne, dit-il, ces libéralités qui gratifient le
« donataire, sans qu'un bien du donateur soit
« devenu bien du donataire : par exemple, le
« conjoint a payé les dettes de son conjoint, il a
« imposé dans une convention avec les tiers une
« charge en faveur de son époux, il a renoncé à
« une libéralité quand son époux lui était sub-
« titué vulgairement : dans ces hypothèses, il y a libé-
« ralité, mais l'époux gratifié ne reçoit pas immé-
« diatement la chose du donataire, et cependant on
« n'a cherché à dissimuler ni la nature de l'acte
« ni la personne du donataire ; voilà ce qui établit
« une distinction profonde entre ces libéralités et
« celles qui sont déguisées. » (1).

Ce *criterium* a le grand mérite d'être très-simple, mais il a le grave défaut de ne répondre exactement ni aux expressions ni à la théorie du code. Pour appliquer son *criterium*. M. Colmet de Santerre est, en effet, obligé de violer la loi et, par exemple, de changer complètement le sens de l'article 1595, 5^e alinéa. Ce texte, après avoir énuméré les trois cas où le

(1) Demante et Colmet de Santerre, 2^e édition, tome IV, n^o 279 bis, page 545.

Vernet, Revue pratique, année 1863, I, page 192.

contrat de vente peut avoir lieu entre époux, ajoute : « Sauf, dans ces trois cas, les droits des héritiers « des parties contractantes, s'il y a avantage indi- « rect. » M. Colmet de Santerre dit : « s'il y a dona- « tion déguisée. ». Et cela, parce que dans les hypo- thèses prévues par l'article 1595, une valeur sera passée directement du patrimoine de l'un des époux dans le patrimoine de l'autre. Mais *avantage indirect* ne signifie pas *donation déguisée*. Le texte est très clair ; pourquoi l'interpréter comme s'il était obscur ? Pourquoi vouloir lui faire dire ce qu'il ne dit pas ?

La substitution des mots : *donation déguisée* aux expressions : *avantage indirect*, a pour conséquence de conduire à l'application de l'article 1099, 2^e alinéa alors que, en rédigeant l'article 1595, le législateur a eu bien certainement l'intention de renvoyer à l'article 1099, 1^{er} alinéa.

De ce qui précède, il résulte que nous ne pouvons accepter le *criterium* proposé par M. Colmet de Santerre. Ce *criterium* est, on le voit, en complet désaccord avec la théorie de la loi.

Nous serions, pour notre part, porté à croire que ce qui distingue les donations déguisées des libéralités indirectes, c'est l'existence ou la non existence d'une simulation. Les donations déguisées sont des libéralités faites au moyen d'actes dont les parties ont dissimulé le véritable caractère. Les donations indirectes sont des avantages procédant d'actes faits ouvertement. Et, à ce propos, nous dirons avec MM. Aubry et Rau : « Un avantage indirect peut résul-

« ter d'un acte passé de bonne foi, c'est-à-dire sans
« aucune intention d'éluder la loi, tandis qu'une do-
« nation déguisée est toujours le fruit d'une combi-
« naison à laquelle s'attache naturellement une pré-
« somption de fraude, lorsque la libéralité est faite
« à une personne incapable de recevoir, ou qui ne
« pouvait, à raison de sa qualité, être gratifiée que jus-
« qu'à concurrence d'une certaine quotité de biens » (1).

Ce *criterium* nous paraît le meilleur, le plus vrai, parce qu'il a le grand avantage d'être en harmonie avec les dispositions du Code.

Sans doute la preuve des faits de simulation sera souvent difficile à faire ; mais la vérité d'un *criterium* comme celle d'un principe, est indépendante des difficultés qu'il peut rencontrer dans l'application.

Reprenons maintenant les deux conditions que nous avons indiquées.

1^{re} CONDITION. — Il faut que les contrats à titre onéreux entre époux ne dérogent pas aux conventions matrimoniales.

C'est là une véritable condition de validité. Aussi allons-nous l'étudier avec quelques développements.

Les conventions matrimoniales sont des conventions par lesquelles deux personnes qui veulent s'unir par mariage règlent, quant à leurs biens, les droits dont

(1) Aubry et Rau, 4^e édition, tome VII § 690, texte et note 24, pages 276 et 277, aj. § 659, texte et note, 24, page 85. — En ce sens : Hauriou. Des contrats à titre onéreux entre époux. Thèse pour le doctorat, Bordeaux, 1879.

elles jouiront comme époux l'une à l'égard de l'autre. Ces conventions présentent une très grande importance. Elles modifient, en effet, plus ou moins profondément, la condition antérieure des biens. Elles créent un nouvel état de choses qui intéresse au plus haut degré non seulement les époux, mais encore les tiers. De là les formalités protectrices de la loi du 10 juillet 1850 ; de là aussi la disposition de l'article 1395 : « Elles (les conventions matrimoniales) ne peuvent « recevoir aucun changement après la célébration du « mariage. » La portée de ce texte est facile à saisir. Modifier les conventions matrimoniales, ce serait d'abord porter atteinte aux droits des tiers dont les intérêts seraient presque toujours lésés par l'existence de dispositions nouvelles sur lesquelles ils n'avaient point compté. Il serait en outre, fort à craindre que, dans les changements apportés aux conventions matrimoniales, les intérêts de la femme ne fussent sacrifiés à ceux du mari (1).

La règle de l'article 1395 fondée, on le voit, sur des motifs très sérieux, n'est point une innovation du législateur de 1804. Elle existait dans notre ancien droit coutumier. « Un second caractère qui est propre aux conventions matrimoniales et aux donations portées par les contrats de mariage, disait « Pothier, est qu'aussitôt qu'elles ont été confirmées « par la célébration du mariage qui a suivi le contrat,

(1) Berlier. Exposé des Motifs ; Fenet, XII, p. 667 ; Discours du tribun Siméon, eod. p. 810.

« il n'est plus permis aux parties d'y déroger en rien, « même par leur consentement mutuel » (1).

Si les époux ont violé la prohibition de l'article 1395, s'ils ont modifié leurs conventions matrimoniales, quelle est la sanction ? La sanction, selon nous, c'est la nullité des modifications, nullité qui résulte nécessairement de la règle impérative de l'article 1395 et des motifs qui ont dicté cette règle.

Telle est, aujourd'hui, la solution universellement admise. — Un seul auteur, Toullier, (2) avait essayé de rattacher la disposition de l'article 1395 à celle de l'article 1096 et de prouver que la défense de porter atteinte aux conventions matrimoniales n'avait qu'un but : empêcher les époux de se faire des donations irrévocables pendant le mariage. Il en concluait que les changements apportés aux conventions matrimoniales n'étaient point nuls de droit, mais que, par application des articles 1395 et 1096 combinés, les avantages qui pouvaient en résulter au profit de l'un ou de l'autre époux étaient révocables.

Cette opinion contraire au texte et surtout à l'esprit de l'article 1395 ne devait pas triompher ; elle est complètement abandonnée. Le premier coup lui fut porté par Demante (3). Depuis lors, on admet, comme un point certain, que les modifications apportées, pendant le mariage, aux conventions matrimoniales

(1) Pothier. Introduction au Traité de la communauté n° 18.

(2) XII, n°s 24-41.

(3) Thémis, VIII, p. 161 et 229.

sont nulles de plein droit (1). Ces modifications seraient nulles, même si les époux avaient inséré une clause spéciale de dérogation dans leur contrat de mariage : « Les conventions matrimoniales, disait « Pothier, sont tellement irréformables que les parties « ne peuvent pas, par leur contrat de mariage, se « réserver la faculté de changer ou réformer quel- « qu'une des dites conventions (2). » Les parties ne peuvent, en effet, par contrat, se réserver la faculté de déroger à une loi d'ordre public.

Que faut-il entendre par dérogations aux conventions matrimoniales ? On entend par ces expressions, cela va sans dire, toute clause qui aurait pour effet de substituer un régime matrimonial à un autre ou même qui aurait pour résultat de modifier ouvertement telle ou telle disposition du contrat de mariage. Mais est-ce là le seul cas dans lequel il y ait dérogation aux conventions matrimoniales ? Nous dirons avec MM. Aubry et Rau : « Il y a, dans le sens de la pro- « hibition, changement au contrat de mariage, non « seulement lorsqu'une clause ou disposition de ce « contrat a été directement et ouvertement modifiée « ou écartée, mais toutes les fois que le maintien de « conventions faites, ou d'arrangements arrêtés pen- « dant le mariage, aurait pour résultat d'altérer ou « de neutraliser les effets réguliers et légaux que « devaient produire les clauses ou dispositions du

(1) Aubry et Rau, 4^e édition, t. V, § 503 bis. texte et note 8, p. 254.

(2) Pothier, Introduction au Traité de la Communauté, n° 19.

« contrat de mariage (1). » C'est là une formule très exacte et qui nous indique très clairement ce qu'on entend, en principe, par dérogations aux conventions matrimoniales. Nous n'irons pas plus loin dans cette voie parce que n'avons pas à faire ici la théorie complète de l'article 1395. Nous devons simplement présenter quelques idées générales sur la disposition importante contenue dans ce texte, disposition dont il nous reste à faire l'application aux contrats à titre onéreux entre époux.

Tout contrat à titre onéreux entre mari et femme ne sera valable qu'à la condition de ne pas porter atteinte aux conventions matrimoniales.

Les régimes matrimoniaux se divisent en quatre classes : 1° Régime de la communauté ; 2° Régime sans communauté ; 3° Régime de séparation de biens ; 4° Régime dotal.

Ces quatre régimes, prévus par la loi et munis chacun de règles particulières peuvent, en effet, être considérés comme les quatre types principaux de conventions matrimoniales. Passons-les successivement en revue et demandons-nous dans quelle mesure des contrats peuvent se former entre époux sans apporter de dérogations aux dispositions essentielles de chacun d'eux.

Régime de la Communauté. — « La communauté entre conjoints par mariage est, dit Pothier, une

(1) Aubry et Rau, 4^e édition, t. V, § 503 bis, p. 255. — Cass. 31 janvier 1837 (Sirey, 37, 1, 533). — Bastia, 16 janvier 1856 (Sirey, 56, 2, 81).

« espèce de société de biens qu'un homme et une femme contractent lorsqu'ils se marient. » (1). Elle commence du jour du mariage contracté devant l'officier de l'état civil (art. 1399) et ne se dissout que par la mort de l'un des conjoints, par le divorce, par la séparation de corps ou par la séparation de biens (art. 1441). Elle a un actif et un passif (art. 1409 et s.) Elle est administrée par le mari, seigneur et maître de la communauté (art. 1421). Le mari a, de plus, l'administration des biens personnels de sa femme (art. 1428). Enfin, à la dissolution de la communauté, la femme a le droit d'y renoncer, c'est-à-dire de rester étrangère à l'actif et au passif de la société. (art. 1453). Telles sont les grandes lignes, les règles essentielles du régime de la communauté.

Supposons un contrat à titre onéreux passé entre époux mariés sous ce régime, et demandons-nous ce qu'il deviendra. Tout contrat fait naître des obligations au sort desquelles il est intimement lié. Il faut donc, pour apprécier un contrat, pour en connaître la valeur, examiner les obligations auxquelles il a donné naissance. Tant valent les obligations, tant vaut le contrat; et même, dans un contrat synallagmatique, il suffit que l'une des deux obligations ne puisse pas s'accomplir, pour que le contrat tombe tout entier, par cette raison bien simple que l'autre obligation se trouve désormais sans cause. Ces

(1) Pothier, Traité de la Communauté, n° 1.

observations une fois faites, supposons que deux époux communs soient sur le point de devenir respectivement créanciers et débiteurs l'un de l'autre. Il peut se présenter les quatre hypothèses suivantes :

1° La créance et la dette peuvent tomber toutes deux dans la communauté, l'une dans son actif (art. 1401), l'autre dans son passif (art. 1409) ;

2° La créance peut seule tomber dans la communauté, la dette restant propre à l'époux débiteur ;

3° La créance peut rester propre à l'époux créancier, la dette tombant seule dans la communauté ;

4° Enfin la créance et la dette peuvent rester propres, l'une à l'époux créancier, l'autre à l'époux débiteur.

Reprenons successivement ces quatre hypothèses et examinons ce qui résultera, dans chacune d'elles, du jeu des principes :

1°. La créance tombe dans l'actif, la dette dans le passif de la communauté.

Le mari, par exemple, prête 20.000 francs en deniers communs à la femme commerçante dans l'intérêt de son commerce. La créance du mari tombe dans la communauté puisque les 20.000 francs de deniers prêtés ont été tirés de l'actif commun. La dette de la femme qui a pour objet cette même somme tombe également dans la communauté puisque la femme commerçante oblige la communauté par les engagements qu'elle prend dans l'intérêt de son commerce.

Le contrat peut-il se former ?

La négative s'impose soit qu'on envisage la situation pendant la durée de la communauté, soit qu'on l'envisage à la dissolution, et quelque parti que prenne la femme.

D'abord durant la communauté, les deux époux sont provisoirement propriétaires du fonds commun chacun pour moitié; ils sont titulaires des créances communes chacun pour moitié et débiteurs des dettes communes dans la même proportion. Si donc nous reprenons notre hypothèse nous constatons que le contrat est irréalisable. En effet, d'une part, dans la créance commune de 20.000 francs, le mari a droit à 10.000 francs, la femme à 10.000 francs également; d'autre part, dans la dette commune de 20.000 francs le mari est tenu de 10.000 francs et la femme également de 10.000 francs. La confusion est évidente.

Supposons maintenant la communauté dissoute, les choses vont se passer exactement de même. Il y aura encore confusion, quel que soit le parti auquel la femme s'arrête. Si la femme accepte, la confusion primitive continuera d'exister et, de provisoire qu'elle était, deviendra définitive. Si, au contraire, la femme renonce, la confusion se produira pour le tout dans le patrimoine du mari, lequel deviendra ainsi seul propriétaire de la communauté et sera en même temps créancier et débiteur des 20.000 francs.

L'application de ces principes conduirait au même résultat, si, renversant l'hypothèse, nous supposons que c'est le mari qui emprunte et la femme qui prête.

Ces solutions, à notre avis, sont inattaquables. Elles ont été, cependant, fortement contestées.

On a soutenu que, dans notre hypothèse, la confusion ne devait pas forcément se produire. Voici comment on a raisonné :

Lorsque, a-t-on dit, l'un des époux s'est personnellement obligé envers un étranger, celui-ci a pour gage tout le patrimoine de l'époux débiteur, non seulement sa part dans les biens communs, mais encore ses biens personnels, et il peut le poursuivre immédiatement sur ces derniers biens quand même la dette devrait rester définitivement à la charge de la communauté, sauf indemnité lors de la dissolution de cette communauté. Or, pourquoi ce qui se passe dans les rapports de créancier à débiteur existant entre l'un des époux et un étranger ne se passerait-il pas quand ces mêmes rapports de créancier à débiteur existent entre les deux époux ? Il faut, dans l'un comme dans l'autre cas, distinguer soigneusement la contribution et l'obligation aux dettes, et, par suite, il faut dire que l'époux débiteur pourra être poursuivi immédiatement sur ses biens personnels par l'époux créancier sauf indemnité lors de la dissolution de la communauté. Il n'y a donc pas confusion.

Ce raisonnement tend à assimiler deux situations absolument dissemblables. Autre chose est, en effet, au point de vue de la répartition des dettes, la convention de communauté au regard des tiers, autre chose est la convention de communauté au regard des époux. Cette convention n'est point opposable aux

tiers en ce qui concerne la répartition des dettes des époux. Les engagements d'un époux commun vis-à-vis d'un tiers sont des engagements soumis aux règles générales des articles 2092 et 2093 d'après lesquelles tous les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers. Voilà pourquoi le tiers pourra poursuivre immédiatement l'époux débiteur sur ses biens personnels, voilà pourquoi la distinction entre la contribution et l'obligation aux dettes s'appliquera dans cette hypothèse. Les tiers sont, au point de vue de la répartition des dettes, absolument étrangers à la convention de communauté.

Bien différente est la situation des époux communs. Ceux-ci sont régis par la convention de communauté et doivent en subir toutes les conséquences. Or une des conséquences est que les créances et les dettes tombent, en principe, dans la communauté ; donc, dans notre hypothèse, il y aura forcément confusion entre la créance et la dette respectives des deux époux.

2° La créance tombe seule dans la communauté ; la dette reste propre à l'époux débiteur.

Il faut distinguer entre le cas où c'est la femme qui est débitrice et le cas où c'est le mari qui est débiteur.

A. C'est la femme qui est débitrice. — La femme, par exemple, emprunte 20,000 francs en deniers communs pour racheter une servitude qui grève un de ses propres.

Le contrat est formé dès maintenant et son existence n'est point subordonnée au parti que prendra la femme lors de la dissolution de la communauté.

Si elle accepte, elle n'aura que la moitié de la créance des 20.000 francs tombés en communauté, et, comme la dette tout entière est à sa charge (puisqu'il s'agit d'une dette propre), la confusion ne s'établira que pour 10,000 francs ; elle restera donc débitrice de 10,000 francs.

Si, au contraire, elle renonce, elle ne pourra prétendre à aucun droit sur la créance qui, étant commune, appartiendra tout entière au mari, et n'en sera pas moins tenue de payer les 20,000 francs constituant pour elle une dette propre.

Mais, même dans ce dernier cas, le mari, pendant la communauté, ne pourra poursuivre que pour moitié ; intenter son action pour le tout, ce serait faire dire à la femme : je m'engage dès à présent à renoncer à la communauté quand elle sera dissoute.

Or le droit d'option que la loi accorde à la femme ne peut être exercé qu'à la dissolution de la communauté (article 1453).

B. C'est le mari qui est débiteur. — La femme étant commerçante et détenant à ce titre des deniers communs, le mari lui emprunte 20,000 francs en deniers communs pour améliorer l'un de ses propres.

Le contrat ne prend pas naissance dès maintenant. Son existence dépend du parti auquel s'arrêtera

la femme, à la dissolution de la communauté.

Si la femme renonce, il n'y aura pas eu de contrat ; en effet, le mari devenant titulaire de la créance commune entière et restant toujours tenu de sa dette propre, il s'opère une confusion qui, par suite de la rétroactivité de la renonciation, remonte au jour du contrat et en empêche la formation ; en définitive, on peut dire que le mari se prête à lui-même.

Si la femme accepte, le contrat aura pris naissance jusqu'à concurrence de moitié, c'est-à-dire, dans notre hypothèse, jusqu'à concurrence de 10,000 francs. La confusion s'établit seulement pour moitié puisque le mari ne devient titulaire que de la moitié de la créance commune.

Dans cette limite, la femme peut-elle poursuivre le mari pendant la communauté ? Non, car elle n'a pas l'exercice des actions communes. D'ailleurs, elle ne peut, en aucune façon, laisser prévoir le parti qu'elle prendra à la dissolution de la communauté (art. 1453).

3° La créance reste propre à l'époux créancier ; la dette tombe seule dans la communauté. Ici encore il faut distinguer entre le cas où c'est la femme qui est débitrice et le cas où c'est le mari qui est débiteur.

A. La femme est débitrice. — Le mari a 20,000 fr. en deniers propres provenant, par exemple, d'une donation à lui faite avec clause que les deniers ne tomberont pas en communauté.

Il les prête à la femme commerçante dans l'intérêt de son commerce et, par suite, la dette devient dette de communauté.

De deux choses l'une : ou bien la femme accepte la communauté ; le mari étant alors tenu de la moitié de la dette c'est-à-dire de 10,000 francs ; la confusion s'établit à concurrence de ce chiffre, et il reste créancier de la femme pour l'autre moitié. Le contrat s'est donc formé pour moitié.

Ou bien la femme renonce ; la dette de 20,000 fr. est alors mise tout entière à la charge du mari et comme, d'autre part, la créance corrélative de 20,000 francs lui est propre, il s'est opéré, dès l'origine, grâce à l'effet rétroactif de la renonciation, une confusion qui a empêché le contrat de prendre naissance. Ici encore il est vrai de dire que le mari s'est prêté à lui-même.

Le droit d'option accordé à la femme ne pouvant être exercé qu'à la dissolution de la communauté, il faut en conclure que, pendant la durée de cette communauté, le mari ne pourra poursuivre l'exécution d'un contrat dont l'existence même partielle est incertaine.

B. Le mari est débiteur. — La femme a prêté 20,000 francs de deniers à elle propres au mari qui les emploie dans l'intérêt de la communauté.

La femme accepte la communauté. Elle est tenue de la moitié de la dette contractée par le mari ; pour cette moitié il s'opère une confusion et le contrat ne

prend naissance que pour l'autre moitié de la dette qui reste à la charge du mari, c'est-à-dire pour 10,000 francs.

La femme renonce-t-elle à la communauté, toutes les dettes de cette communauté lui sont étrangères ; par conséquent la dette corrélative à sa créance propre de 20,000 francs pèsera tout entière sur la tête du mari. Aucune confusion n'a pu s'établir et le contrat s'est formé complètement.

Pendant la communauté, la femme ne pourra poursuivre le mari que pour moitié, car, jusqu'à ce qu'elle ait renoncé, elle doit être considérée comme femme commune.

4° La dette et la créance restent respectivement propres aux deux époux.

Ainsi, par exemple, le mari a prêté à la femme 20,000 fr. de deniers à lui propres pour l'amélioration d'un immeuble propre de celle-ci.

Dans cette hypothèse pas de difficulté ; le sort du contrat est immédiatement fixé, sa validité s'impose, puisque, quelque parti que prenne la femme, la dette lui restant toujours propre et la créance restant toujours propre au mari, aucune confusion ne peut s'établir.

Il est évident que les solutions sont identiques, si, renversant l'hypothèse, nous supposons le mari débiteur et la femme créancière.

REMARQUE. — La théorie des récompenses recevra

son application toutes les fois que la communauté se sera enrichie aux dépens des époux ou réciproquement.

Régime sans communauté. — Ce régime est gouverné par des principes tout différents de ceux qui régissent le régime de la communauté.

Ainsi, sous le régime sans communauté, plus de patrimoine commun, plus de société, séparation complète des biens, des créances et des dettes. Les acquisitions faites par l'un des époux pendant le mariage lui restent propres, quelle que soit l'origine de ces acquisitions. On voit à quel point ce régime favorise la formation et l'exécution des contrats entre mari et femme. Il faut, pourtant, excepter les contrats dans lesquels la prestation à faire consisterait de la part de la femme en la jouissance de ses biens; ces contrats ne pourraient se former sous le régime sans communauté. Une règle importante de ce régime veut, en effet, que ce soit le mari qui ait, en son nom personnel, l'administration et la jouissance de tous les biens de la femme.

Régime de séparation de biens. — Ce régime est absolument le contrepied du régime de la communauté.

Le mari n'a pas même l'administration et la jouissance des biens de la femme. Celle-ci remet simplement au mari le tiers de ses revenus comme contribution aux charges du ménage. Aussi les époux peuvent-ils, sous ce régime, contracter aussi librement que s'ils n'étaient pas mariés, à la condition

toutefois de ne pas déroger aux conventions matrimoniales en faisant cesser la séparation qui existe entre leurs biens.

Régime dotal. — Le régime dotal pur comme le régime sans communauté et le régime de séparation de biens exclut toute idée de société de biens entre époux. Il suppose l'existence actuelle ou au moins éventuelle de biens dotaux. Il ne peut pas y avoir de régime dotal sans biens dotaux ; quelquefois même le régime dotal se compose uniquement de biens dotaux, et c'est le régime le plus logique. Mais, à côté des biens dotaux, peuvent se trouver des biens appelés biens paraphernaux. Ce sont les biens de la femme qui n'ont pas été constitués en dot (art. 1574). Cette coexistence de deux espèces de biens entraîne la coexistence de deux régimes différents : pour les biens paraphernaux le régime de séparation de biens, pour les biens dotaux le régime dotal. Il se peut aussi que tous les biens de la femme soient paraphernaux (art. 1575). C'est ce qui arrive lorsque le contrat de mariage ne contient aucune constitution de dot, et, à fortiori, lorsqu'il a déclaré paraphernaux tous les biens présents et à venir de la femme. Dans ce cas, le régime dotal est, en réalité, un régime de séparation de biens.

Les deux traits caractéristique du régime dotal pur sont les suivants : d'abord le mari a, en son nom personnel, l'administration et la jouissance de tous les biens de sa femme (art. 1549) ; en outre, la nue propriété de ces biens est inaliénable (art. 1554). Il

en résulte qu'aucun des contrats dans lesquels la prestation à fournir par la femme sera celle de la jouissance ou de la nue propriété de ses biens ne pourra se former entre époux mariés sous ce régime. Quant aux obligations ayant un autre objet que la femme aura contractées envers son mari, celui-ci ne pourra jamais en poursuivre l'exécution sur les biens dotaux, même après la dissolution du mariage. Le but de la dotalité s'y oppose ; la femme qui ne peut pas engager ses biens dotaux pendant le mariage ne peut pas non plus les engager pour l'avenir.

Que décider au cas où le mari aura contracté des obligations envers sa femme ? Celle-ci pourra-t-elle en poursuivre l'exécution pendant le mariage ? Cela revient à se demander si la créance ainsi acquise par la femme contre son mari est dotale ou non. Si oui, la femme ne pourra pas agir ; l'article 1549 accorde, au mari seul l'exercice des actions dotales pendant le mariage. La créance de la femme est évidemment dotale, dit-on, puisque tous ses biens à venir doivent être dotaux. — Nous croyons, au contraire, que la créance ainsi acquise par la femme contre son mari ne sera point dotale, et que, par suite, la femme pourra agir. Il convient de s'entendre sur le sens ou plutôt sur la portée de ces expressions : biens à venir. Qu'entend-on par biens à venir ? Sont-ce tous les biens qui écherront dans l'avenir à la femme à quelque titre que ce soit ? Point du tout. Par biens à venir on entend seulement ceux qui doi-

vent advenir à la femme à titre gratuit pendant la durée du mariage. Les biens à *venir* sont, en effet, ceux qui *adviennent* et non ceux qui *s'acquièrent* à titre onéreux. Cette manière de voir est essentiellement conforme à l'interprétation restrictive qu'on doit faire du régime dotal, interprétation qui se justifie par le caractère de ce régime contraire à l'intérêt général.

2° CONDITION. — Il faut que les contrats à titre onéreux entre époux ne constituent pas une vente ni, en principe, une dation en paiement déguisée.

Nous renvoyons l'étude de cette condition de validité des contrats entre époux au début de notre chapitre second, c'est-à-dire au commentaire que nous ferons de l'article 1595.

§ II

QUELS SONT LES EFFETS GÉNÉRAUX DES CONTRATS A TITRE ONÉREUX ENTRE ÉPOUX ?

Les contrats à titre onéreux entre époux sont permis. Leur validité est subordonnée, il est vrai, à certaines conditions; mais, une fois valablement formés, ils produisent les effets ordinaires des obligations, indépendamment de quelques effets spéciaux (1).

(1) Ainsi les créances que ces contrats feront naître contre le mari au profit de la femme, seront garanties par l'hypothèque légale de celle-ci. — Aubry et Rau, 4^e édit., t. III, § 264, ter., texte et notes 7 et 14, p. 217 et 218.

C'est là un point qui ne saurait être sérieusement contesté, à l'examen duquel, par conséquent, nous n'aurions consacré aucun développement, n'était la question difficile de savoir si des poursuites, des saisies, en un mot des voies d'exécution sont possibles entre époux pendant le mariage, soit de la part de la femme créancière de son mari, soit de la part du mari créancier de sa femme.

Cette question, à notre avis, doit être résolue affirmativement. — On invoque, pour la négative, les articles 2253 et 2256. Le législateur, dit-on, a voulu empêcher les poursuites entre mari et femme, poursuites qui ne peuvent avoir lieu qu'aux dépens de la bonne harmonie du ménage. Voilà pourquoi la « prescription ne court point entre époux ».

Mais il s'agit précisément d'interpréter cette règle juridique. Est-elle impérative? Condamne-t-elle les époux à l'impossibilité légale et absolue d'agir pendant le mariage? Non. C'est une règle de pure faculté, fondée sur des motifs de convenance et sur cette présomption que des obstacles de fait empêcheront souvent les poursuites. Nous persistons donc à croire que les contrats entre époux peuvent, pendant le mariage, être ramenés à exécution forcée, et notre solution reste la même, quel que soit le régime adopté par les époux (1).

(1) Nous exceptons les cas que nous avons indiqués au § précédent en nous occupant des dérogations aux conventions matrimoniales.

Il est ici nécessaire de distinguer entre les divers régimes matrimoniaux.

Régime de la communauté. — Les époux peuvent-ils, sous ce régime, poursuivre immédiatement la réalisation de leurs droits ? Nous le pensons, bien que l'opinion contraire soit généralement reçue.

Pour soutenir que, sous le régime de la communauté, les créances des époux ne sont pas susceptibles d'un paiement actuel, on invoque les termes de l'article 1478 ainsi conçu : « *après le partage consommé,* » « si l'un des deux époux est créancier personnel de » « l'autre, comme lorsque le prix de son bien a été » « employé à payer une dette personnelle de l'autre » « époux, ou pour toute autre cause, il exerce sa » « créance sur la part qui est échue à celui-ci » « dans la communauté ou sur ses biens person- » « nels. »

Il résulte de ce texte, dit-on, que, durant la communauté, les créances des époux sommeillent, leurs droits sont en suspens. Et on ajoute : l'article 1478 ne fait que reproduire, quant au règlement des créances que l'un des époux peut avoir contre l'autre une disposition qui se trouve déjà dans les articles 1433 et 1437, à propos du règlement des indemnités que les époux peuvent devoir à la communauté et réciproquement. Le vœu du législateur est que tout ce qui concerne le règlement des droits respectifs des époux soit renvoyé au jour de la liquidation que pro-

duira la dissolution du mariage ou la séparation (1).

Cette argumentation a le tort très grave de faire dire à la loi ce qu'elle ne dit pas du tout. La question n'est, en aucune façon, résolue par l'article 1478. Ce texte se borne à nous apprendre que les créances personnelles des époux peuvent *après le partage consommé*, s'exercer sur deux espèces de biens : 1° les biens communs ; 2° les biens personnels.

Quid avant le partage ? Il est certain tout d'abord, que, *avant le partage*, l'époux créancier ne peut pas exercer sa créance sur la part de communauté de son conjoint débiteur, c'est là un point hors de doute.

Mais il s'agit de savoir si, *antérieurement au partage*, l'époux créancier ne peut pas poursuivre l'époux débiteur uniquement sur ses *biens personnels*. Telle est la véritable question, l'unique question et l'article 1478 la laisse entière. Il faut donc la résoudre d'après les principes. Or, 1° tout créancier a le droit d'agir contre son débiteur ; 2° quiconque s'est obligé personnellement est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers *présents* et à venir (art. 2092). Les biens personnels des époux sont des biens présents. Vis à vis de ces biens, les

(1) Aubry et Rau, 4^e édition, tom. V, § 512. texte et note 7. pag. 372.
Bellot des Minières, II, pag. 498.

Troplong, III, 1700.

Rodière et Pont, II. 965.

Zacharie, § 512 texte et note 6.

Bordeaux, 6 mai, 1848 (Sirey, 49, 2, 609).

Nîmes, 17 novembre 1863. (Sirey 63, 2, 246).

conjointes sont libres de se comporter comme le feraient des étrangers. Le droit commun reprend ici son empire et les articles 1478, 1433 et 1437 doivent être complètement écartés (1). D'ailleurs, si on veut absolument faire jouer dans le débat un rôle à l'article 1478, ne peut-on pas dire qu'il vise le cas où l'époux créancier aurait usé de la faculté que la loi lui accorde de ne pas poursuivre tout de suite son paiement? Ne peut-on pas l'interpréter en rattachant sa disposition à celle de l'article 2253?

Il est inexact de prétendre que le législateur a toujours voulu renvoyer au jour de la liquidation le règlement des droits respectifs des époux. La preuve en est dans les articles 1434 et 1435 sur les remplois et dans l'article 1595. Ce dernier texte cite des cas où, pendant la durée du mariage, les époux se remplissent de leurs créances, et, chose tout-à-fait digne de remarque, le 2° de l'article s'applique sous le régime de la communauté. Du reste, les époux auront presque toujours intérêt à ce que leurs obligations reçoivent une exécution immédiate et cela malgré certaines garanties telles que l'hypothèque légale et le droit de demander la séparation de biens pour la femme.

Les époux peuvent donc, en principe, sous le régime de la communauté, poursuivre immédiatement la réalisation de leurs droits.

(1) Laurent, Principes de droit civil français, tome XXII. p. 569 et 570.

Mais ici se présentent des difficultés spéciales suivant que c'est la femme ou le mari qui poursuit.

1° La femme peut-elle poursuivre son mari ?

La question ne peut se poser que dans les cas où la créance de la femme lui reste personnelle. Il est évident que, si la créance tombe dans la communauté, la femme ne peut pas agir, d'abord parce qu'elle n'a pas l'exercice des actions communes et ensuite parce que ce serait laisser prévoir le parti qu'elle est appelée à prendre à la dissolution de la communauté. Il faut donc supposer que la femme a une créance personnelle. Les auteurs sont unanimes à décider que, même dans ce cas, elle ne peut pas poursuivre son mari. Voici comment s'exprime à ce sujet M. Demolombe :

« Que la femme ne puisse point intenter une demande
« ou pratiquer une saisie contre son mari, cela ne
« me paraît pas douteux, car elle n'a pas l'exercice
« de ses actions (art. 1428) et elle ne pourrait le re-
« couvrir que par un jugement de séparation de
« biens. Si l'article 1595 2° autorise la cession que le
« mari fait à sa femme, *même non séparée*, lorsqu'elle
« a une cause légitime telle que le remploi de ses
« immeubles ou de deniers à elle appartenant, c'est
« là une simple faculté, un arrangement tout volon-
« taire entre les époux ; et l'on ne saurait en induire
« pour la femme le droit certainement impossible
« d'exercer elle-même ses créances contre son

« mari autrement que par une demande en séparation de biens. » (1).

L'argumentation qui précède consiste à dire : la femme n'a pas l'exercice de ses actions (art. 1428).

Cela ne nous paraît pas exact.

L'article 1428 2° est ainsi conçu : « Il (le mari) peut exercer seul toutes les actions mobilières et possessoires qui appartiennent à la femme. » Les conséquences qui découlent de ce texte nous semblent être les suivantes : 1° La femme commune en biens conserve l'exercice de ses actions pétitoires immobilières ; 2° Le droit du mari quant aux actions mobilières et possessoires n'est pas *exclusif*. Il *peut* exercer seul dit l'article 1428. C'est une faculté accordée au mari, mais qui n'affecte en rien le droit personnel de la femme à ses actions possessoires et mobilières. D'ailleurs, si le législateur avait voulu établir au profit du mari un droit exclusif, il n'aurait pas manqué de s'en expliquer formellement comme il l'a fait dans l'article 1549 : « le mari a *seul* l'administration des biens dotaux pendant le mariage ; il a *seul* le droit d'en poursuivre les débiteurs et détenteurs. »

Il existe évidemment une différence profonde entre les droits du mari sur les biens dotaux et les droits du mari commun en biens sur les propres de sa femme.

(1) Demol. t. IV, n° 245 ; En ce sens : Duranton, t. XV, n° 462 ; Tessier, De la dot, II, p. 193.

La femme peut donc poursuivre son mari sous le régime de la communauté.

Les créanciers personnels de la femme, en vertu de l'article 1166, auront le droit d'intenter les actions que l'article 1428 accorde implicitement à leur débitrice. C'est là, sans doute, un résultat regrettable (la loi voit, en effet, d'un très-mauvais œil l'intervention d'étrangers dans les rapports des époux), mais il n'est pas, cependant, de nature à nous faire abandonner une opinion solidement établie sur les textes et sur les principes.

En vain nous objectera-t-on l'article 1446 aux termes duquel « les créanciers personnels de la femme « ne peuvent, sans son consentement, demander la « séparation de biens. » En vain dira-t-on qu'aux yeux de la loi, la poursuite d'une créance contre le mari est aussi grave, au point de vue des inconvénients qu'elle entraîne, que la demande en séparation de biens.

Ces deux hypothèses n'ont absolument rien de commun entre elles. Pourquoi vouloir les assimiler ? Du reste l'article 1446 contient une véritable exception et ne doit pas être étendu.

2° Le mari peut-il poursuivre sa femme sur ses biens personnels ? — Aucun texte, aucun principe de droit ne s'y opposent ; aussi l'affirmative nous paraît-elle certaine. — On objecte que le mari ne peut-être à la fois administrateur des biens de sa femme et poursuivant, que ces deux rôles sont tout à fait in-

compatibles. — Est-ce que le tuteur créancier de son pupille et en même temps administrateur des biens de ce dernier n'a pas le droit de se faire payer pendant la durée même de la tutelle ? (art. 420) — Est-ce que l'héritier bénéficiaire créancier de la succession n'a pas le droit de poursuivre contre elle le paiement de ses créances ? (art. 802-803 C. C. — 996 C. P.) Pourquoi donc en serait-il autrement du mari dans ses rapports avec sa femme ?

M. Demolombe a cru voir cependant une difficulté spéciale. La voici : Une poursuite en justice aboutit presque toujours à l'expropriation forcée. Permettre au mari de poursuivre sa femme, c'est donc lui permettre d'aller jusqu'à l'expropriation forcée des immeubles de sa femme. Or cela n'est point possible. L'article 2208 2° nous apprend, en effet, que l'expropriation des immeubles de la femme qui ne sont point entrés en communauté se poursuit contre le mari et la femme. Ce texte suppose *nécessairement* le mari *poursuivi*. Il ne peut donc pas être *poursuivant*. Est-ce à dire que M. Demolombe refuse au mari le droit de poursuivre sa femme ? Nullement. L'équité exige que le mari ne soit pas obligé d'attendre indéfiniment le recouvrement de ses créances. Quant à la difficulté de l'article 2208 2°, M. Demolombe l'écarte de la façon suivante : « Comme administrateur, dit-il, le « mari doit pourvoir aux moyens de payer les dettes « personnelles de la femme ; et si, par exemple, elle « était débitrice d'un tiers, il me semble que le mari « aurait le droit de demander au tribunal la permis-

« sion de faire vendre les biens personnels de la
« femme pour acquitter ses dettes dans le cas où la
« femme elle-même ne voudrait pas y consentir (arg.
« de l'art. 1558). Or si la justice peut autoriser le
« mari à vendre les biens de la femme afin de payer
« ses dettes envers les tiers, pourquoi ne pourrait-
« elle pas l'autoriser à les vendre afin de se payer
« lui-même, s'il est reconnu en fait que sa créance
« est légitime. » (1).

Ce raisonnement a le grave défaut d'être basé sur l'article 1558, c'est-à-dire sur un texte du régime dotal, alors surtout que les règles de ce régime diffèrent si profondément de celles du régime de la communauté. Du reste, dans l'article 1558, il ne s'agit que de dettes de la femme ayant une date certaine antérieure au contrat de mariage.

La difficulté indiquée par M. Demolombe n'est donc point résolue. Mais cette difficulté même existe-t-elle? Nous ne le croyons pas et nous pensons que l'article 2208 2°, sainement interprété, ne s'oppose point à ce que le mari poursuive l'expropriation forcée des biens de sa femme. L'article 2208 2° est ainsi conçu : « Celle (l'expropriation) des immeubles
« de la femme qui ne sont point entrés en commu-
« nauté se poursuit contre le mari et la femme,
« laquelle, au refus du mari de procéder avec elle, ou
« si le mari est mineur, peut être autorisée en
« justice. » Pour bien comprendre ce texte, il est

(1) Demol. IV, n° 245.

indispensable de l'envisager dans son entier. La fin explique le commencement. La question est celle-ci : Quel sens faut-il attacher à ces expressions : l'expropriation *se poursuit* contre le mari et la femme ? Ou plutôt : quel rôle joue le mari dans cette poursuite ? A notre avis, il joue le rôle d'*autorisant*. Cette interprétation a le grand avantage de cadrer parfaitement avec les derniers mots de l'article 2208 2° « laquelle » (la femme) au refus du mari de procéder avec elle, « ou si le mari est mineur, peut être *autorisée* en justice. » Le même rôle appartient au mari et à la justice. — En résumé, le mari est mis en cause non point parce qu'il est *poursuivi* mais parce qu'il est *autorisant*, ou mieux, le mari n'est *poursuivi* par les tiers que pour *autoriser* sa femme. L'article 2208 2° statue sur le cas le plus fréquent, celui où la femme est poursuivie par des étrangers et il applique tout simplement les principes de droit commun : la femme ne peut ester en jugement sans l'autorisation de son mari ou celle du juge (art. 215 et 218 combinés). Mais si c'est le mari qui poursuit, il *autorise par cela même* sa femme à ester en justice ; il n'a dès lors nullement besoin de l'assister. Tout cela n'est, au fond, qu'une question d'*autorisation*.

On peut aussi expliquer la mise en cause du mari dans l'hypothèse de l'article 2208 2° en disant que le mari ou plutôt la communauté a la jouissance des biens de la femme et que, à ce titre, le mari est fortement intéressé à suivre les diverses phases d'une procédure, dont le résultat va être la perte de cette

jouissance. Si le mari poursuit lui même, il est bien évident qu'il suit les phases de la procédure puisque c'est lui qui la fait.

Il n'existe donc aucune raison pour empêcher le mari de poursuivre l'expropriation des biens de sa femme. » (1).

Notre conclusion est que, sous le régime de la communauté, les époux, la femme comme le mari, peuvent poursuivre immédiatement la réalisation de leurs droits et pousser leurs poursuites jusqu'au bout, c'est-à-dire jusqu'à l'expropriation forcée.

Régime exclusif de communauté. — Le mari peut, sous ce régime, poursuivre contre sa femme l'exécution des obligations qu'elle a contractées envers lui. Cela n'est pas douteux. Mais la réciproque est-elle vraie ? La question se pose ainsi : La femme a-t-elle un droit personnel à l'exercice de ses actions ? La solution de cette question dépend de l'opinion qu'on adopte sur la question plus générale de savoir si le régime exclusif de communauté doit s'interpréter par le régime de la communauté ou par le régime dotal.

Certains auteurs soutiennent qu'il faut appliquer au régime sans communauté les principes du régime dotal et la raison, selon eux, c'est que ces deux régimes présentent une grande analogie au point de

(1) Toutes les poursuites n'aboutissent pas à l'expropriation ; nous reconnaissons à *fortiori* au mari le droit d'exercer une simple poursuite. Ce droit compete également aux créanciers personnels du mari en vertu de l'article 1166.

vue de l'administration et de la jouissance des biens de la femme (1).

Cette analogie, que nous reconnaissons nous-même, ne suffit point pour justifier la règle d'interprétation proposée. C'est la règle contraire qu'il faut admettre. Le régime sans communauté étant d'origine coutumière doit être interprété d'après le droit commun des pays de coutumes, c'est-à-dire d'après le régime de la communauté. Les travaux préparatoires du Code en fournissent d'ailleurs la preuve manifeste : « Vouloir étendre au régime
« exclusif de communauté, sous prétexte de compléter
« les dispositions législatives qui le règlent, les
« principes particuliers au régime dotal, c'est, à notre
« avis, se mettre en opposition tout à la fois avec la
« tradition historique et avec l'ensemble des faits
« relatifs à la rédaction du titre du contrat de ma-
« riage. » (2)

Régime de séparation de biens. — Sous ce régime, rien ne s'oppose à ce que les contrats entre époux soient ramenés à exécution forcée.

Régime dotal. — Il nous suffit de renvoyer à ce

(1) Zachariæ, § 499, texte et note 2, et § 531, texte et note 15; — Rodière et Pont, contrat de mariage, III, 2067 à 2069.

(2) Aubry et Rau, 4^e édition, tome V, § 499, texte et note 2, p. 219 et 220. En ce sens : Bellot des Minières, III, 153, et IV, 480; Tropolong, III, 2234; Duranton, XV, 267, 299 et 300; Odier, II, 944 et 970; Marcadé, sur les articles 1529 à 1532, n° 1.

que nous avons dit en nous occupant des dérogations aux conventions matrimoniales.

APPENDICE AU CHAPITRE I

Quelle a été l'attitude de la jurisprudence ?

La jurisprudence a affirmé, en principe, la validité des contrats à titre onéreux entre mari et femme (1). Des arrêts récents se sont même montrés favorables à un contrat entre époux déjà très-pratique et qui tend à le devenir tous les jours davantage : le contrat d'assurance sur la vie stipulée au profit du survivant.

Mais, selon nous, le jurisprudence n'est pas allée assez loin dans cette voie ; elle a complètement méconnu les besoins de la civilisation actuelle en prohibant le plus utile et le plus désirable de tous les contrats : le contrat de société. Elle s'est laissée guider par des considérations que nous aurons à apprécier dans la deuxième partie de ce travail, mais qui, disons le dès maintenant, sont absolument contraires à l'utilité pratique des sociétés entre époux. C'est là une constatation que nous faisons avec regret.

Nous constatons également avec regret que la Cour de Paris a, dans deux arrêts assez récents, porté atteinte à la liberté des contrats entre époux en res-

(1) Cass. 6 mars 1827 (Dev. 1833, I, 303).

Cass. 4 février 1846 (Dev. 1846. I, 553).

Cass. 18 mars 1846. (Dev. 1846. I, 332).

Poitiers, 11 août 1863 (Sir. 1865, II, 303).

Caen, 4 mars 1865 (Sir. 1865, II, 301).

treignant la capacité de la femme mariée.

Le premier arrêt est du 17 novembre 1875 (1). Il décide que, dans un contrat de mariage, on peut valablement insérer une disposition interdisant à la femme de cautionner les obligations contractées par son mari. Cette décision a pour résultat de rétablir contractuellement le Sénatusconsulte Velléien aboli par l'ordonnance d'août 1606.

Le deuxième arrêt est du 6 décembre 1877 (2). Il valide la clause du contrat de mariage portant :
« que la femme ne pourra, même avec l'autorisation
« de son mari ou de justice, s'obliger envers les
« tiers. »

Ces deux arrêts constituent une violation flagrante de la loi (3). Il résulte, en effet, de la combinaison des articles 6 et 1388 qu'on ne peut, même dans un contrat de mariage, déroger par des conventions particulières aux règles de droit concernant des matières d'ordre public. Or la capacité des personnes est, au premier chef, une matière d'ordre public ; elle doit, à ce titre, être régie exclusivement par la loi et placée au dessus des atteintes de la convention des parties. Les articles 1123 et 1124 combinés prouvent, jusqu'à l'évidence, que la femme mariée, une fois autorisée, est parfaitement capable de con-

(1) Sirey, 76, II, 65.

(2) Sirey, 78, II, 161.

(3) Valette (Droit des 9 mars et 9 avril 1876). — Lyon-Caen (Sirey 76 et 78, notes sur les arrêts précités).

tracter. Rien ne saurait désormais la rendre incapable. Aussi est-ce commettre une véritable illégalité que de valider la clause du contrat de mariage déclarant la femme incapable de s'obliger.

Cette clause pourra, cependant, si ses termes s'y prêtent, être considérée comme une clause de dotalité et entraîner, par suite, l'inaliénabilité de tous les biens présents et à venir de la femme, mais il n'en résultera (c'est là un point essentiel à noter) aucune incapacité personnelle pour celle-ci. Les obligations contractées par elle s'exécuteront très-valablement sur les biens qu'elle acquerra postérieurement à la dissolution du mariage.

REMARQUE. — La Cour de cassation, par un arrêt du 22 décembre 1879 (1), a cassé l'arrêt rendu par la Cour de Paris le 6 décembre 1877 validant la clause du contrat de mariage aux termes de laquelle : « la future épouse « ne pourra pas, même avec l'autorisation de son « mari ou de justice, s'obliger pendant le mariage « envers les tiers. »

La Cour Suprême s'est inspirée des vrais principes du droit. — Nous le constatons avec une vive satisfaction.

(1). Sirey, 1880, I, 125.

CHAPITRE II

ÉTUDE SPÉCIALE DES PRINCIPAUX CONTRATS A TITRE ONÉREUX ENTRE ÉPOUX

De la vente et de la dation en paiement

L'article 1595 prohibe la vente entre époux. Les motifs de cette exception au principe de la validité des contrats à titre onéreux entre époux nous sont déjà connus.

La vente est l'un des contrats qui se prêtent le mieux à dissimuler une donation et on sait que les rédacteurs du Code ont entouré d'obstacles la possibilité de se donner entre époux.

De plus (c'est là peut-être le motif essentiel de l'exception), la vente offrirait aux époux de grandes facilités de fraude à l'égard de leurs créanciers respectifs.

Le mari, par exemple, sur le point de devenir insolvable, vendrait ses immeubles à la femme; quant au prix, il le dissiperait, le dissimulerait ou encore l'emploierait en acquisitions de rentes sur l'Etat.

Il nous semble qu'à ce second point de vue, au moins, la prohibition de l'article 1595 présente des avantages incontestables et qui suffisent pour écarter les critiques dont elle a été l'objet. — L'article 1099 pouvait sanctionner assez énergiquement les règles relatives aux donations entre époux; mais les créanciers

avaient besoin d'une protection. Les intérêts de deux conjoints sont si intimement liés, la prospérité pécuniaire de l'un intéresse si vivement l'autre qu'une complicité même coupables'établira facilement entre eux. — Aussi ne considérons-nous point comme un progrès la suppression de la prohibition de l'article 1595, suppression adoptée par beaucoup de législations modernes et notamment par la législation Italienne (1).

Après avoir, dans un premier paragraphe, dit que :
« le contrat de vente ne peut avoir lieu entre époux »
l'article 1595 énumère trois cas dans lesquels le principe de la validité reprend son empire. Ces trois cas sont les suivants :

« 1° Celui ou l'un des deux époux cède des biens
« à l'autre, séparé judiciairement d'avec lui, en
« paiement de ses droits ;

« 2° Celui où la cession que le mari fait à sa femme,
« même non séparée, a une cause légitime, telle que
« le remploi de ses immeubles aliénés, ou de deniers
« à elle appartenant, si ces immeubles ou deniers ne
« tombent pas en communauté ;

« 3° Celui où la femme cède des biens à son mari
« en paiement d'une somme qu'elle lui aurait promise
« mise en dot, et lorsqu'il y a exclusion de communauté. »

On est surpris, à la lecture du texte, de voir indi-

1) Huc et Orsier, code civil italien, tom. I. p. 268.

quées comme soustraites à une règle de la vente, des opérations qui présentent un caractère tout autre. Ce sont, en effet, trois cas de dation en paiement que prévoit l'article 1595. Or la dation en paiement diffère de la vente. La vente suppose un prix en argent versé par l'acquéreur entre les mains du vendeur. Si, au contraire, une chose est donnée à titre de cession en paiement, ce n'est point moyennant un prix versé que l'acquéreur en obtient la propriété, mais moyennant l'extinction d'une dette que l'aliénateur devait acquitter à son égard. La dation en paiement s'analyse donc juridiquement en une novation.

On peut, néanmoins, découvrir une analogie entre la dation en paiement et la vente. Un créancier consent à recevoir un immeuble au lieu de 10.000 fr. On peut dire : le créancier achète de son débiteur un immeuble pour le prix de 10,000 fr. Il devient donc, à son tour, débiteur de son débiteur pour une somme égale à celle qui lui est due à lui-même, et, dès lors, entre ces deux dettes corrélatives, la compensation s'établit.

Cette analogie explique et justifie, ce nous semble, la confusion du législateur.

Quoi qu'il en soit, deux conséquences découlent de la formule générale de prohibition employée par l'article 1595 : 1° la vente est défendue d'une façon absolue ; 2° la dation en paiement est défendue en principe ; elle est permise dans trois hypothèses spéciales.

Du reste, sauf la différence relative à l'étendue d'ap-

plication, la règle de l'article 1595 va présenter des caractères identiques en ce qui concerne les deux opérations. — Il convient de se fixer sur le sens et la portée de cette règle avant d'examiner les exceptions.

Dire que le contrat de vente ne peut avoir lieu entre époux, c'est prononcer d'une manière virtuelle, mais certaine, la nullité d'un tel contrat.

Cette nullité n'est point une nullité d'ordre public; elle n'a été établie, en effet, que dans un intérêt privé, aussi décide-t-on généralement qu'elle est simplement relative. On a eu en vue, en l'établissant, les époux eux-mêmes ou leurs héritiers en tant que la vente pouvait dissimuler une libéralité, et leurs créanciers en tant que la vente pouvait cacher une fraude. La nullité ne peut donc être invoquée que par ces trois classes de personnes (1).

Les nullités relatives, outre qu'elles ne sont proposées que par certaines personnes limitativement désignées, peuvent se couvrir par ratification et par l'expiration du délai de 10 ans (art. 1304). Mais il est essentiel de se rappeler qu'une ratification expresse, ou tacite par l'écoulement d'un laps de temps ne peut intervenir valablement que si elle n'est pas infectée du même vice que la convention. Il faudra donc, ici, nécessairement attendre la dissolution du mariage.

La prohibition de l'article 1595 étant générale, il convient de l'appliquer à toute vente et à toute dation

(1) Aubry et Rau, 4^e édition, tom. IV. § 351, texte et note 31, pag. 352; Colmet de Santerre, tom. VII. n^o 22 bis, I.

en paiement, quel qu'en soit l'objet, que ce soit un meuble ou un immeuble, une chose corporelle ou incorporelle. Il importe peu également que la vente et la dation en paiement aient été faits ouvertement entre époux ou aient été déguisés sous le voile d'autres contrats à titre onéreux. Voilà pourquoi, dans le chapitre premier de cette étude, lorsque nous avons énuméré les conditions de validité des contrats à titre onéreux entre époux nous avons eu soin de dire : *qu'ils ne devaient constituer ni une vente, ni, en principe, une dation en paiement déguisée.*

Si la règle de l'article 1595 est générale, il faut cependant se garder de lui donner une extension qu'elle ne comporterait pas. En principe, les contrats à titre onéreux entre époux sont permis. La prohibition est donc exceptionnelle et, à ce titre, elle doit être interprétée restrictivement. Aussi tout contrat autre que la vente sera-t-il autorisé, quelque affinité qu'il présente avec elle. Cette observation est également juste appliquée à la dation en paiement. Ainsi une dation en paiement peut être contenue dans une transaction; mais la transaction étant un contrat distinct, défini et organisé par la loi, ne tombera pas sous le coup de l'article 1595. Nous ne pensons pas non plus que la prohibition édictée par ce texte s'étende à la vente sur adjudication. L'un des époux aura donc le droit de se porter adjudicataire des biens vendus sur son conjoint. Il est évident que les rédacteurs de l'article 1595 ne son-

geaient qu'à la vente volontaire. Les incapacités de se porter adjudicataire ne devaient être indiquées que plus tard dans le code de procédure. Or l'article 711 de ce code n'établit d'incapacités qu'à l'égard du saisi et des personnes notoirement insolubles. Les motifs de la prohibition sont d'ailleurs complètement défaut. La vente sur adjudication est publique, elle est faite sous la surveillance de la justice; la justice empêchera qu'il n'y ait une libéralité déguisée ou qu'on ne fasse fraude aux droits des créanciers. Enfin cette acquisition par un conjoint des biens vendus sur son conjoint peut être extrêmement désirable.

Nous connaissons le sens et la portée de la règle de l'article 1595. — Nous allons maintenant étudier les exceptions. Ce sont, nous le savons déjà, des cas de dation en paiement.

Observons que ces exceptions, constituant un retour au principe général de la liberté des contrats à titre onéreux entre époux, doivent comporter une certaine largeur d'interprétation.

Des trois exceptions, la première seule est commune aux deux époux; la seconde est spéciale au mari, la troisième spéciale à la femme.

1^{re} EXCEPTION. — « L'un des deux époux cède des biens à l'autre, séparé judiciairement d'avec lui, en paiement de ses droits. »

Chaque époux peut être créancier de l'autre; mais, la plupart du temps, c'est la femme qui sera créan-

cière, quand ses biens ont été vendus ou quand elle s'est obligée personnellement dans l'intérêt du mari. Le mari peut céder ses biens soit meubles, soit immeubles, en paiement de ce qu'il lui doit.

Pour qu'il y ait une cause légitime dans cette première exception, il faut que la séparation soit prononcée. Tant que la séparation n'est pas prononcée, le mari ne peut pas céder des biens à la femme en paiement de ce qu'il lui doit, car il ne lui doit encore rien, la liquidation des droits de la femme ne se faisant qu'après la dissolution de la communauté. La dation en paiement serait nulle; quand même la séparation serait déjà demandée lorsque le mari cède des biens à sa femme.

On a cependant invoqué, pour valider la dation en paiement intervenue pendant l'instance, la rétroactivité du jugement de séparation de biens, consacrée par l'article 1445, 2^e alinéa.

C'est étendre cette rétroactivité à une hypothèse pour laquelle elle n'a pas été établie. La rétroactivité du jugement de séparation de biens était nécessaire pour assurer à la femme une protection efficace; autrement, sa ruine commencée avant la demande, aurait souvent été consommée pendant le cours de l'instance. Mais la loi n'a pas entendu autoriser une exécution préventive et volontaire de la séparation (1).

(1) Cass. 2 juillet 1873. (Dalloz. 73. 1. 464). Bordeaux 16 mai 1881. (Sirey 82. II. 59).

2^e EXCEPTION. — « Le mari fait à sa femme, même
« non séparée, une cession ayant une cause légitime
« telle que le remploi de ses immeubles aliénés, ou
« de deniers à elle appartenant, si ces immeubles ou
« deniers ne tombent pas en communauté. »

Ces exemples sont empruntés au régime de la communauté.

La loi suppose d'abord que la femme aliène un de ses propres à la charge par le mari d'en faire remploi; le mari peut, au lieu d'acheter un immeuble, céder à la femme un de ses bien à titre de remploi. Le mari est débiteur; il ne touche, en effet, le prix provenant de l'aliénation faite par la femme qu'à la charge de le restituer; la dation en paiement est donc autorisée par une cause légitime (1). L'article 1595 ajoute: « Si les immeubles aliénés ne tombent pas « en communauté ». En principe, sous le régime de la communauté, les immeubles que les époux possèdent au jour de la rédaction du contrat de mariage sont des propres, mais ils peuvent être ameublis par une clause du contrat; ils sont alors assimilés à des conquêts et on sait que le mari a le droit d'aliéner les conquêts comme chef de la communauté et n'est pas débiteur du prix. Si donc un immeuble de la femme est ameubli, la communauté devient propriétaire de l'immeuble ameubli; le mari n'est pas, par conséquent,

(1) Il n'est pas nécessaire que le remploi soit obligatoire. Dans ce cas, la créance de la femme n'est pas actuellement exigible, mais elle est certaine. La loi autorise le remploi; elle devait autoriser aussi la dation en paiement.

débiteur de ce chef. Or, dès qu'il n'y a pas de dette, il ne peut être question d'une dation en paiement.

La loi suppose ensuite que la femme a des deniers propres (par exemple si le donateur a stipulé que les deniers qu'il donne à la femme ne tomberont pas en communauté), que le mari reçoit ces derniers et qu'il en devient propriétaire comme quasi usufruitier, mais avec charge de restitution. Il est donc débiteur; la loi lui permet de céder à la femme un de ses biens en paiement des deniers qu'ils a reçus et qu'il doit restituer, bien que la créance de la femme ne soit pas immédiatement exigible. Elle est certaine, cela suffit pour autoriser le remploi et, partant, pour autoriser aussi la dation en paiement.

Le mari, à moins qu'il n'y ait une clause de remploi, peut céder à la femme des meubles ou des immeubles. Il peut même céder les biens de la communauté. N'en est-il pas, en effet, le seigneur et maître ?

Les exemples donnés par l'article 1595 sont, avons-nous dit, empruntés au régime de la communauté. Mais faut-il en conclure que le 2^o de cet article ne s'applique qu'à ce régime ? Evidemment non. La femme a des propres sous d'autres régimes; dès que le mari est débiteur de ce chef, il y a une cause qui légitime la dation en paiement. C'est, d'ailleurs, l'opinion générale.

Ainsi des époux ont adopté le régime dotal avec clause de paraphernalité pour certains biens de la femme. Ces biens ont été aliénés par la femme dotale,

et le prix a été versé entre les mains du mari. Celui-ci pourra se libérer de son obligation de restituer le prix au moyen d'une dation en paiement. Il y a identité entre cette situation et celle expressément prévue par l'article 1595 2°, On est dans le texte et dans l'esprit de la loi.

Les deux cas indiqués par l'article 1595 ne sont donc pas les seuls dans lesquels la cession faite par le mari à la femme doive être considérée comme ayant une cause légitime et autorisée à ce titre. La disposition du texte n'a rien de limitatif (1).

Cependant le juge n'a pas un pouvoir discrétionnaire pour apprécier la légitimité de la cause. Décider le contraire aboutirait à dire que la cession serait permise au mari, dès que la cause paraîtrait légitime au juge. La loi n'a pas voulu de cet arbitraire ; c'est pour cela qu'elle explique par un exemple ce que l'on doit entendre par *cause légitime*. Cet exemple suppose que le mari est débiteur de la femme, car il s'agit, nous l'avons vu, d'une dation en paiement ; la dette du mari est préexistante ; la cession a pour objet d'éteindre la dette. S'il n'y a pas de créance préexistante, il n'y a pas de cause qui légitime la dation en paiement.

Mais faut-il que la créance de la femme soit actuelle et exigible pour que la cession ait une cause légitime ?

(1) Aubry et Rau, 4^e édition, IV, § 351, texte et note 23 p. 350 et les autorités qu'ils citent.

La Cour de Cassation et diverses Cours d'appel semblent l'exiger (1).

Nous ne comprenons pas une pareille exigence en présence des hypothèses mêmes prévues par l'article 1595 2°.

Dans ces hypothèses, la créance de la femme est certaine, mais elle n'est pas exigible, puisqu'il s'agit de reprises qui s'exercent à la dissolution du mariage. La loi autorise donc une dation en paiement appliquée à une dette non encore exigible (2).

Que faut-il décider des deniers dotaux sous le régime dotal?

Le mari a reçu en dot de sa femme une somme d'argent; il veut rembourser cette dot dans le cours du mariage, et, pour cela, donner en paiement un de ses immeubles. Le pourra-t-il? Non, dit-on (3), car la dot n'est restituable qu'après le mariage.

Cette solution nous paraît contestable.

Quand, sous le régime de la communauté, le mari touche des deniers propres à la femme, il n'est pas débiteur actuel; la reprise s'exerce à la dissolution de

(1) Cass, 1^{er} juillet 1873 (Sirey, 73, I. 320). — Besançon, 15 juin 1881 (Sirey, 82, II. 127). — Bordeaux, 15 février 1882 (Sirey, 84, II, 27).

(2) Chambéry, 21 février 1876. (Sirey, 76, II. 143). — Douai, 10 novembre 1880 et tribunal d'Arras, 7 octobre 1882. (Sirey. 83, II. 253). — Bordeaux, 24 mai 1883. (Sirey, 83, II. 252). — Nancy, 18 février 1885. (Sirey, 86, II. 87).

(3) Caen, 4 janvier 1851 (Dalloz, 54, II. 48). — Cass, 28 novembre 1855. (Sirey, 56, I. 680). — Cass, 15 juin 1881. (Sirey. 83, I. 473).

la communauté, et cependant la loi permet la dation en paiement pendant la durée de cette communauté.

Pourquoi en serait-il autrement sous le régime dotal en ce qui concerne les deniers dotaux ? Le mari est débiteur direct de la dot, la créance de la femme est certaine. Il nous semble, dès lors, qu'il y a cause légitime de dation en paiement (1).

Nous pensons qu'on devrait aussi considérer comme une cause légitime de dation en paiement une dette que le mari aurait contractée envers sa femme antérieurement au mariage, ou bien postérieurement au mariage dans un contrat entre époux permis. Une dette de ce genre est une dette légitime et susceptible d'un paiement actuel.

L'article 1595 2° n'autorise pas la femme à céder des biens au mari en paiement de ses droits. Pourquoi la loi ne permet-elle pas à la femme ce qu'elle permet au mari ? La dation en paiement appliquée à une dette de la femme se légitime tout aussi bien que la dation en paiement appliquée à une dette du mari. Cette observation fut faite au Conseil d'Etat, lors de la discussion du n° 3 de l'article 1595, par M. Rognault de Saint-Jean-d'Angély. Sur sa demande on supprima le n° 3 de l'article en rédigeant ainsi le n° 1 : « Celui (le cas) où l'un des époux cède à l'autre des « biens en paiement de ses droits. » Puis quand le projet de loi fut voté, ce fut l'ancien texte qu'on

(1) Laurent, XXIV n° 38 ; Alger, 6 mars 1882 (Sirey 84, II. 137).

adopta, sans qu'aucune observation ait été faite (1). Il est impossible de se rendre compte d'un pareil changement. Peut-être fut-on touché de cette considération qu'il ne se présente presque jamais une cause légitime pour la femme. La femme, en effet, détient très-rarement des deniers propres au mari. On peut dès lors craindre que le fait qui l'aura constituée débitrice ne soit une préparation à la dation en paiement et n'ait été accompli pour la légitimer.

REMARQUE. Le remploi dont il est fait mention dans l'article 1595 2° diffère entièrement du remploi dont il est parlé aux articles 1434 et 1435. — Dans l'hypothèse prévue par ces derniers articles, le mari, après avoir vendu le propre de la femme, s'adresse à un tiers dont il achète l'immeuble avec les deniers de la femme pour lui tenir lieu de remploi. En d'autres termes, le mari joue alors le rôle d'un mandataire ou gérant d'affaires. Au contraire, dans le cas de l'article 1595 2°, ce n'est plus l'immeuble d'un tiers qu'il donne en remploi, c'est le sien propre, et au lieu du rôle de mandataire, il joue le rôle de vendeur. La femme devient l'ayant cause du mari, ce qui entraîne les conséquences suivantes: la femme doit respecter les aliénations consenties par le mari et les droits réels établis de son chef; en outre il y a deux droits de mutation à payer au fisc.

3° EXCEPTION: « La femme cède des biens à son

(1) Fenet, t. IV. p. 22.

« mari en paiement d'une somme qu'elle lui aurait
« promise en dot, et lorsqu'il y a exclusion de com-
« munauté. »

Cette troisième cause est, avons-nous dit, spéciale à la femme. Ce n'est pas, en effet, le mari qui apporte la dot à la femme ; c'est la femme qui apporte la dot au mari (article 1540).

La femme a promis à son mari une dot en argent. Le mari a donc une créance contre la femme et pourrait saisir et vendre les biens de celle-ci. Pour éviter cette extrémité, la loi autorise une dation en paiement entre les époux.

Il ne suffit pas que la femme promette une dot pour qu'elle puisse céder un bien en paiement de la somme promise, il faut de plus qu'il y ait exclusion de communauté. Qu'entend-on par là ? Quel est le sens et la portée de ces expressions : « et lorsqu'il y a exclusion de communauté » ? Nous pensons que le Code n'a pas restreint sa règle à tel ou tel régime matrimonial. Il indique seulement qu'elle ne peut recevoir d'application qu'autant que le bien donné en paiement était exclu de la communauté, c'est-à-dire qu'autant que la femme a conservé des droits sur certains biens de son patrimoine. Si la femme n'a pas de biens propres, si tous ses biens sont en communauté, elle se trouve dans l'impossibilité absolue de remplir ses engagements.

L'article 1595 3° est donc un texte général et son utilité est évidente sous quelque régime que les époux soient mariés.

1° *Régime dotal.* — La femme a promis une dot en argent, qu'elle n'a pas payée. Elle a des biens paraphernaux. Elle pourra se libérer de son obligation en cédant au mari un de ces biens. (1).

2° *Régime de séparation de biens.* — Sous ce régime, la femme n'apporte pas de biens au mari ; elle contribue aux charges du ménage en lui abandonnant une partie de ses revenus ; mais rien n'empêche les époux de faire une stipulation aux termes de laquelle la femme doit apporter en dot une somme dont les intérêts tiendront lieu au mari de sa part contributoire dans les charges du ménage ; la femme est alors débitrice, et, à ce titre, elle peut donner un bien en paiement à son mari.

3° *Régime exclusif de communauté.* — Le mari a, sous ce régime, la jouissance de tous les biens de la femme. Celle-ci n'en conserve pas moins la possibilité de se libérer à son égard par une dation en paiement. Cette dation en paiement sera même très-avantageuse pour le mari auquel elle confèrera un droit de pleine propriété.

4° *Régime de la communauté.* — Sous le régime de la communauté légale, il ne peut être question d'une dot promise par la femme ; elle apporte en dot son mobilier présent et futur et l'usufruit de ses propres

(1) La règle de l'article 1595 3° fut introduite dans le code, en vue du régime dotal, sur une observation du tribunal d'appel de Grenoble.

sans rien promettre de ce chef. — Mais sous le régime de communauté conventionnelle, la femme peut promettre une dot dont elle est débitrice. C'est ce qui a lieu dans la clause d'apport. Si la femme avait des biens propres, il nous semble que dans ce cas, comme sous les autres régimes, la dation en paiement devrait être autorisée (1).

Delvincourt (2) a soutenu que l'article 1595 3° était applicable seulement au régime dotal.

L'examen auquel nous venons de nous livrer prouve qu'il n'en est pas ainsi. En outre ne serait-il pas bizarre que le législateur n'eût pas compris le régime exclusif de communauté sous l'expression : *exclusion de communauté* ?

L'article 1595 ajoute à la fin : « sauf, dans ces « trois cas, les droits des héritiers des parties contractantes s'il y a avantage indirect. » C'est un renvoi à l'article 1099, 1^{er} alinéa, ainsi conçu : « Les « époux ne pourront se donner indirectement au « delà de ce qui leur est permis par les dispositions « ci-dessus. »

La loi suppose une vente ou plutôt une dation en paiement faite dans l'un des cas où elle l'autorise. Il peut en résulter un avantage indirect au profit de l'époux acheteur. Si la femme aliène un propre va-

(1) Colmet de Santerre, tom. VII. n° 21 bis, I, II, III, IV, V, VI. p. 38, 39 et 40.

(2) T. III. p. 67, n° 9, édit 1834.

lant 40,000 fr., et si le mari lui cède un immeuble qui en vaut 60,000 il lui fait un avantage indirect de 20,000 fr. Le législateur réserve, dans ce cas, les droits des héritiers des parties contractantes.

Quels sont ces héritiers? Ce sont uniquement les héritiers réservataires du disposant et non ses héritiers quels qu'ils soient. Il s'agit, en effet, d'un avantage *indirect*; or les avantages indirects faits par l'un des époux à l'autre sont valables dans les limites de la quotité disponible; ils ne peuvent donc être critiqués que lorsqu'ils dépassent cette quotité, lorsqu'ils entament la réserve et seulement par ceux au profit desquels la réserve est établie.

Quelle action auront les héritiers réservataires? Evidemment une action en réduction. L'action en réduction est, en effet, la sanction de la réserve. (1).

De l'échange

Nous appliquerons au contrat d'échange le droit commun, c'est-à-dire le principe de la liberté des contrats entre époux.

L'échange est un acte de bonne administration, c'est de plus un acte utile au point de vue économique.

(1) En ce sens: Aubry et Rau 4^e édition, tome IV, § 351, texte et note 29, p. 351. En sens contraire: Colmet de Santerre, tome VII, n° 22 *bis*, II, III, p. 42. Nous avons déjà réfuté l'opinion de cet auteur; elle se rattache au *criterium* qu'il propose pour distinguer les donations indirectes des donations déguisées.

Le législateur s'est, d'ailleurs, montré très-favorable à l'échange. Cela résulte de l'article 1559 aux termes duquel, l'échange du bien dotal est autorisé, alors même que la vente en est défendue. Et le texte donne cette autorisation sans distinction de personnes; d'où il faut conclure que l'échange sera permis avec quelque personne que ce soit, par conséquent avec le mari lui-même. C'est ainsi que l'a décidé un arrêt de Limoges du 30 décembre 1861. (1).

On a cependant voulu étendre à l'échange la prohibition écrite pour la vente dans l'article 1595. L'échange, a-t-on dit, présente de grandes analogies avec la vente. La preuve en est dans l'article 1707. D'après ce texte, il faut, sur tous les points non prévus au titre de l'échange, appliquer les règles de la vente. Or l'article 1595 consacre une règle de la vente, il doit donc être étendu à l'échange en vertu de l'article 1707.

Cette argumentation ne nous satisfait point. Nous pensons que l'article 1595 ne s'applique pas à l'échange, qu'il ne peut même pas s'y appliquer. Cet article, en effet, ne contient pas seulement une règle, il contient en outre trois exceptions. Ces exceptions, nous l'avons vu, visent toutes les trois l'hypothèse de l'extinction d'une dette, et on ne comprend pas un échange fait pour éteindre une dette, pour réaliser une dation en paiement. Il est dans la nature de l'échange que les biens échangés soient de même valeur. On doit donc reconnaître que les trois exceptions de l'article 1595

(1) D. P. 62. 2. 201.

sont complètement étrangères à la matière de l'échange.

Mais s'il en est ainsi des exceptions, la règle posée dans la première partie de l'art. 1595 ne s'applique pas davantage à l'échange.

Nous connaissons déjà les motifs qui ont servi de base à cette règle. La prohibition de la vente est fondée sur ce qu'il serait trop facile aux époux soit de se faire des libéralités déguisées, soit d'imprimer à ces libéralités un caractère d'irrévocabilité que la loi leur refuse, soit de soustraire leurs biens à l'action des créanciers. Ces motifs ne peuvent pas s'appliquer à l'échange. Et, d'abord, la donation déguisée est impossible dans l'échange; s'il est facile de simuler le paiement d'un prix de vente, il est, au contraire, fort difficile de simuler la livraison d'un objet échangé. En outre, pour les créanciers aucune fraude n'est à craindre, car le bien de leur débiteur, en sortant de son patrimoine, a été remplacé par un autre. L'article 1595 doit être absolument écarté.

Nous repoussons également l'article 1707.

De ce que ce texte se réfère au titre de la vente, il ne faut pas en conclure que toutes les règles de ce dernier contrat devront s'appliquer à l'échange. Il existe, dans le Code un grand nombre d'articles spéciaux à la vente et dont les dispositions, à raison de leur caractère exceptionnel, ne peuvent pas être étendues à l'échange (1) (Art. 1596, 1597, 1598, 1602, 1619, etc.)

(1) Marcadé art. 1707; Aubry et Rau 4^e édition t. IV, § 360 texte et note 17. p. 462.

Il faut donc ne tenir aucun compte des articles 1707 et 1595 et déclarer que le contrat d'échange est valable entre époux. Ce contrat, à notre avis, pourra s'effectuer sous tous les régimes matrimoniaux, même sous le régime de la communauté, à la condition toutefois de porter sur des immeubles propres aux deux époux (application de l'article 1407).

Du louage

L'article 1708 distingue le louage des choses et le louage d'ouvrage.

Le louage des choses est un contrat par lequel l'une des parties s'engage, moyennant un prix que l'autre partie s'oblige à payer, à procurer à celle-ci, pendant un certain temps, l'usage ou la jouissance d'une chose (*locatio rerum*).

Le louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage, moyennant un prix que l'autre partie s'oblige à payer, soit à fournir à celle-ci temporairement ses services (*locatio operarum*), soit à faire pour son compte un ouvrage déterminé (*locatio operis faciendi*).

En réalité le contrat de louage se subdivise en trois variétés : *locatio rerum*, *locatio operis faciendi*, *locatio operarum*.

Le contrat de louage, sous ces trois formes, est, en principe, permis entre époux, car aucun texte ne le prohibe. Il convient cependant d'examiner si les règles de tel ou tel régime matrimonial n'empêcheront pas la réalisation de ce contrat.

Locatio rerum. — Rien ne s'oppose à la formation d'un contrat pareil sous le régime dotal ou sous le régime de la séparation de biens, et cela que le bailleur soit le mari et le preneur la femme ou réciproquement. Sous le régime dotal, toutefois, pour que la femme puisse donner à bail des immeubles au mari, il faut supposer qu'elle a des biens paraphernaux, car le mari a, en son nom personnel, l'administration et la jouissance des biens dotaux.

Sous le régime exclusif de communauté, il faut distinguer entre le mari et la femme.

La femme ne peut pas donner à bail ses biens au mari puisqu'elle n'en a pas la jouissance.

Le mari peut évidemment donner à bail à la femme ses propres biens. Peut-il donner également à bail à la femme les biens de celle-ci dont il a la jouissance ?

La solution de cette question dépend de l'opinion qu'on adopte sur la question de savoir si le mari, en qualité d'usufruitier des biens de la femme, a droit aux produits d'une industrie distincte et indépendante de celle qu'il exerce lui-même.

Nous pensons avec MM. Demolombe (1) et Aubry et Rau (2) que le mari n'a pas droit, en sa qualité d'usufruitier, aux produits d'une industrie personnelle à la femme. L'industrie, en effet, n'est pas un

(1) IV, 314 à 316.

(2) 4^e édit., t. V, § 531, texte et note 18, p. 515.

capital dont les produits constituent de véritables fruits (1).

Nous décidons, par conséquent, que, sous le régime exclusif de communauté, le mari peut donner à bail à la femme les biens de celle-ci dont il a la jouissance.

Sous le régime de la communauté, le mari peut-il donner à bail des biens à la femme ? Il faut, de toute évidence, répondre négativement. Les acquêts des époux tombant en communauté, l'obligation du mari de fournir la jouissance se trouverait sans objet, et par suite, l'engagement de la femme serait sans cause.

Sous ce régime, cependant, si la femme a des biens personnels dont elle se soit réservé l'administration et la jouissance, elle peut donner à bail ces biens à son mari; son obligation de fournir la jouissance peut s'exécuter.

Locatio operis faciendi. — La chose louée est ici le travail de l'un des époux. Le contrat est possible sous le régime dotal, sous le régime de séparation de biens et même sous le régime exclusif de communauté si l'on admet, comme nous, que les produits du travail de la femme lui restent propres. Il est, au contraire, absolument irréalisable sous le régime de

(1) Contra : Bellot des Minières, III, p. 349 et 350; Durantón, II 480, XV, 259; Marcadé sur l'art. 1532 n° 3; Zachariæ, § 531, texte et, note 8.

la communauté, puisque les produits du travail personnel des époux tombent dans le fonds commun.

Locatio operarum. — Le louage de services est-il permis entre époux ? Ne viole-t-il pas l'article 213 aux termes duquel « le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari ? » N'est-il pas contraire à l'accomplissement de ces devoirs essentiels à la dignité du mariage ? Nous ne le pensons pas, exception faite toutefois pour le cas où l'un des époux serait domestique attaché à la personne de l'autre. En dehors de cette hypothèse, nous admettons la validité du contrat. C'est ainsi que nous permettons, sans hésiter, à un mari commerçant séparé de biens, de prendre sa femme comme caissière ou réciproquement. Nous ne trouvons rien de déshonorant dans le fait de recevoir un salaire fruit de son travail. En outre, l'autorité maritale ne nous semblerait pas amoindrie, quand même le mari serait aux gages de la femme. Il convient d'observer, en effet, que le louage de services est nécessairement relatif à l'administration et à l'exploitation d'un bien propre de la femme ; il est donc étranger aux matières dans lesquelles s'exerce l'autorité maritale.

REMARQUE. — La *locatio operarum* peut être assimilée à la *locatio operis faciendi* au point de vue des obstacles que pourraient apporter à la formation du contrat les règles des divers régimes matrimoniaux.

De la Société

La validité des contrats à titre onéreux entre époux une fois admise en principe, il est difficile de méconnaître que le contrat de société ne doive être un des plus fréquents, parce qu'il est un des plus avantageux.

L'association c'est-à-dire la mise en commun des capitaux, des aptitudes, des connaissances acquises, est un des éléments les plus importants de notre organisation économique actuelle. Toujours utile, elle est parfois indispensable, surtout en présence de la crise industrielle et commerciale que nous subissons en ce moment. Or, un époux ne trouvera-t-il pas chez son conjoint le meilleur des associés? Chez qui pourra-t-il rencontrer à un plus haut degré cette confiance, cette unité de vues si nécessaires entre associés? En outre, n'est-il pas juste de réserver à la famille tous les bénéfices qui peuvent résulter de l'association? Vaut-il mieux obliger l'époux à les partager avec un étranger? Pour le contrat de société, mieux que pour tout autre, il est vrai de dire que les époux réaliseront une économie considérable s'il leur est permis de le conclure entre eux.

Aussi faudrait-il trouver des motifs bien puissants pour l'interdire absolument comme le fait la jurisprudence.

Sur le contrat de société entre époux, nous diviserons nos explications en deux paragraphes. Le pre-

mier paragraphe sera consacré à l'examen et à la réfutation des motifs dont la jurisprudence s'inspire pour prohiber le contrat de société entre époux. — Nous indiquerons, en outre, quelle est, d'après nous, la portée de l'article 1840 du Code civil.

Dans un second paragraphe nous verrons quelles restrictions l'adoption de tel ou tel régime matrimonial peut nous forcer à apporter au principe que nous aurons posé.

§ I

La jurisprudence à peu près unanime (1) décide que le contrat de société est défendu entre époux.

Bien qu'elle admette, en général, la validité des contrats à titre onéreux entre époux, elle fait céder le principe de la liberté des conventions devant des considérations juridiques qui l'emportent, pense-t-elle, sur l'utilité pratique du contrat de société. Un arrêt est même allé jusqu'à décider que le seul fait du mariage de deux associés suffit à dissoudre la société qui existait entre eux (2).

La plupart des auteurs, avec grande raison selon nous, ont adopté une manière de voir toute différente,

(1) Crim. cassat., 9 août 1851. (Sirey 52, I. 281). — Paris, 14 avril 1856. (Sirey 56, II. 369). — Paris, 9 mars 1859. (Sirey 59, II. 502). — Metz, 22 avril 1861. (Sirey 62, II. 330). — Paris, 24 mai 1870. (Sirey 71, II. 71). — Contra : Amiens, 3 avril 1851. (Sirey 51, II. 312.) (Cet arrêt a été cassé par la Cour Suprême le 9 août 1851). — Montpellier, 11 janvier 1869. (D. P., 69, I. 208). — Tribunal civil de Lyon, 31 juillet 1867. (D. P., 67, III. 87).

(2) Dijon, 27 juillet 1870. (Sirey 71, II. 368).

et enseignent que le contrat de société doit être permis entre époux (1).

Tout d'abord, il faut écarter du débat certaines sociétés pour lesquelles il ne peut y avoir de difficulté. Ainsi le fait pour des époux d'être tous deux actionnaires d'une même société anonyme, ou tous deux commanditaires d'une même société en commandite ne leur donnerait certainement pas vis-à-vis l'un de l'autre la qualité d'associés. Il n'y a là qu'un placement de fonds étranger à toute idée d'une société entre époux, en prenant le mot société dans le véritable sens qu'il faut lui donner ici.

La question ne se pose que pour les sociétés où des liens vraiment étroits s'établissent entre associés.

La jurisprudence, à l'appui de sa manière de voir, prétend : 1° que toute société formée entre époux porterait atteinte, à raison de l'égalité des droits qu'elle donnerait à la femme associée, aux droits résultant pour le mari de sa qualité de mari et de sa qualité de chef de l'association conjugale ; 2° que la société amènerait des conflits d'intérêts qui ne pourraient que troubler l'harmonie du ménage,

(1) Duranton t. XVII, n° 347 — Delvincourt, III, p. 230 et 451 — Laurent XXI, n° 76 — Duvergier. De la société, n° 102 — Troplong. Contrat de mariage, nos 206 et suiv. — Molinier. Droit commercial, n° 177. Delsol. Revue pratique, I, p. 433 et suiv. — Contra : Guilloüard Traité du contrat de mariage, n° 229, p. 208 et suiv. — Massé. Droit commercial, II, n° 1267.

et que c'est précisément pour éviter les conflits d'intérêts que le législateur a prohibé la vente entre époux (arrêt de Dijon).

1° Dans l'union conjugale la loi n'a pas voulu accorder les mêmes droits ni imposer les mêmes obligations aux deux conjoints. Elle a fait au mari une situation prépondérante ; elle lui confère des droits importants sur la personne de sa femme, et, en outre, elle lui donne, d'une façon générale tout au moins, un pouvoir d'administration très-large sur tous les biens de sa femme.

Or l'effet du contrat de société est d'assurer des droits identiques à tous les associés et de les placer sur un pied d'égalité parfaite. Si l'acte de société ne désigne pas un administrateur, tous les associés ont un pouvoir égal de gestion. Même dans le cas où le mari serait seul administrateur, la femme associée aurait un droit très-important de contrôle ; elle pourrait demander la révocation du mari comme gérant (articles 1859 et suiv.).

Comment concilier ces droits qui résulteraient pour la femme de son titre d'associée et qui seraient encore plus étendus si l'on supposait la société commerciale, avec les dispositions qui régissent les effets du mariage d'après le code civil ?

Cet argument ne nous touche pas. — Il est inexact de dire que le fait seul pour un époux de contracter une société avec son conjoint constitue une violation des droits du mari.

Ces droits se ramènent à deux catégories bien distinctes : 1° les droits résultant de la puissance maritale sur la personnes de la femme ; 2° les droits appartenant au mari comme chef.

En ce qui concerne les premiers, il faut remarquer qu'ils ne s'exercent que sur la personne de la femme et se résument dans le droit à l'obéissance (art. 213), dans le droit d'obliger la femme à une habitation commune (art. 214), dans le droit d'attaquer les actes passés par la femme sans autorisation (art. 215).

La société intervenue entre les époux ne délie jamais la femme de l'obligation d'habiter avec son mari, cela est incontestable.

Quant au droit d'attaquer les actes passés sans autorisation, le mari le conserve certainement puisque la société n'a été formée qu'avec son autorisation et presque toujours sur son initiative. L'autorisation de s'associer est générale, mais elle suffit pour donner à la femme les droits d'une associée.

La jurisprudence a pensé que le devoir d'obéissance serait méconnu dans certains cas. Mais elle a confondu ainsi la condition personnelle de la femme et la condition de ses biens. Nous avons déjà fait remarquer que les droits du mari résultent de la puissance maritale ne s'exercent que sur la personne de la femme. La femme doit obéissance au mari en ce qui concerne sa personne, mais nullement en ce qui concerne ses biens lorsqu'elle en a conservé l'administration. S'il est vrai qu'elle pourra contrôler la

gestion du mari associé, n'est-ce pas en vertu du droit supérieur qu'ont tous ceux dont les biens sont gérés par autrui, de surveiller l'administration de leur mandataire conventionnel ou légal, droit reconnu par la loi au profit de la femme commune, indépendamment de toute société, et sanctionné par la faculté de demander la séparation de biens ?

On ajoute que, peut-être, la femme administrera seule la société. — C'est qu'alors le mari y aura consenti et lui aura donné mandat de le faire.

La personne de la femme restera donc soumise à l'autorité du mari ; ses biens seuls y échapperont (1).

Le contrat de société entre époux ne porte pas non plus atteinte aux droits du mari comme chef, si nous supposons que les clauses du contrat de mariage ont réservé à la femme l'administration des biens qui constituent son apport au fonds social. Sans doute il en sera parfois autrement, mais c'est un point dont nous devons réserver l'examen pour le paragraphe second de cette étude. En ce moment il suffit de poser le principe et de constater que l'article 1388 ne peut, en thèse générale, s'opposer à la validité de la société entre époux.

2° L'argument tiré de la contrariété possible d'intérêts entre les époux n'est pas concluant.

Il est vrai que l'un des époux pourra être forcé d'intenter des actions contre son conjoint pour l'a-

(1) Comp. à ce sujet, Delsol, *Revue pratique*, I, 433.

mener à exécuter les engagements qui résultent du contrat de société, qu'il sera quelquefois dans la nécessité de demander sa révocation comme gérant. Mais n'en est-il pas de même lorsqu'il s'agit de faire exécuter telle ou telle clause du contrat de mariage, d'obliger, par exemple, l'époux qui a promis un apport, à le réaliser ? L'action en séparation de biens n'est-elle pas analogue à l'action en révocation de gérance, et la séparation de biens une fois prononcée, la liquidation de la communauté ne donne-t-elle pas lieu à des difficultés que les tribunaux seront souvent appelés à trancher ? Toutes les fois qu'il existe une communauté d'intérêts, une association de biens, il arrive fatalement un jour ou l'autre que des difficultés surgissent et que des actions naissent au profit d'une des parties contre l'autre.

La jurisprudence objecte que l'article 1595 a eu pour but d'éviter précisément ces conflits d'intérêts. Mais elle oublie qu'elle-même a considéré ce texte comme une exception, puisqu'elle admet, en principe, la validité des contrats à titre onéreux entre époux, et elle s'écarte de cette règle d'interprétation élémentaire qui interdit d'étendre les exceptions en dehors des hypothèses limitativement déterminées qu'elles prévoient. D'ailleurs, nous avons montré plus haut que ce motif était loin d'être le seul que l'on pût invoquer pour légitimer l'article 1595.

De cette discussion il résulte donc qu'en principe le contrat de société est permis entre époux par application de la règle écrite dans l'article 1123 : « Toute

« personne peut contracter si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi. »

Toutefois il faut reconnaître que certaines sociétés sont prohibées entre époux, même en faisant abstraction des conventions matrimoniales qui régissent leur union.

Ce sont : 1° La société universelle de tous biens présents et à venir. Les articles 1526 et 1837 disposent, en effet, que cette société ne peut être établie que par contrat de mariage. Si donc les époux ont négligé de la stipuler au moment de la rédaction du contrat de mariage, ils ne pourront plus tard la former entre eux, sous peine de modifier les conventions matrimoniales et de violer, par suite, le principe de l'immutabilité consacré par l'article 1395.

2° Toutes les sociétés universelles en général, lorsque les époux ont des enfants communs ou des enfants issus d'un précédent mariage. L'article 1840 dispose, que : « nulle société universelle « ne peut avoir lieu qu'entre personnes respectivement capables de se donner ou de recevoir l'une « de l'autre, et auxquelles il n'est point défendu de « s'avantager au préjudice d'autres personnes. »

L'hypothèse où les époux ont des enfants et sont, par conséquent, dans l'impossibilité de s'avantager à leur préjudice (art. 1094, 1098 et 1099), semble bien tomber sous le coup de cette disposition.

Toutefois, le sens qu'il faut attacher à l'article 1840 a été vivement discuté, et nous sommes obligés de nous

arrêter quelque peu sur ce texte, bien que la question ne rentre pas absolument dans notre sujet.

Dans une première opinion, on prétend que l'article 1840 prononce la nullité de toute société universelle formée entre personnes qui auraient des héritiers à réserve. On invoque les termes mêmes du texte (1).

Il suffit, pour réfuter cet argument, de faire remarquer que la loi permet en principe les sociétés universelles, et que, si l'on attribuait à l'article 1840 une portée aussi générale, ces sociétés ne pourraient presque jamais exister, ou, du moins, auraient toujours un tel caractère d'incertitude que leur fonctionnement serait impossible.

Dans une deuxième opinion, on soutient, comme dans la première, que l'article 1840 a une portée générale, mais on modifie la sanction et on décide que la société universelle, formée malgré l'article 1840 ne sera pas nulle ; les avantages qu'elle aura pu conférer aux associés seront réductibles à la quotité disponible. On invoque dans ce sens une phrase du consul Cambacérès qui, au cours des travaux préparatoires, a déclaré « que si la société donne « quelque avantage à l'autre associé, on le réduira à « la portion disponible » (2). On ajoute que les articles 1496, 1526 et 1527 confirment cette manière de voir (3).

(1) Delvincourt, III, p. 220 ; Duvergier, De la société, n° 119.

(2) Loqué, Lég. XIV, p. 497, n° 11 et 12.

(3) Aubry et Rau, 4^e édition, tome IV, § 379, texte et note 7, p. 553 et 554 ; — Troplong, Société, I, 305 et suiv. — Duranton, XVII, 381 ; — Zachariæ, § 379, note 9.

Nous croyons que l'interprétation précédente est en contradiction formelle avec le texte de l'article 1840.

Cet article ne vise pas les associés qui ont des héritiers à réserve autres que des enfants, parce qu'il serait étrange que la loi n'eût pas dit au « préjudice de leurs héritiers » au lieu de dire : « au préjudice d'autres personnes », et, en outre, parce que une pareille disposition eut été une véritable prohibition des sociétés universelles. Voici, du reste, ce qu'on lit dans l'exposé des motifs fait par Treilhard au Corps Législatif : « Le motif de cette dernière disposition « se fait assez sentir, dit-il, en parlant de la fin de « notre article ; c'est par des considérations d'une « haute importance, que vous avez établi entre « quelques personnes des incapacités de se donner au « préjudice de quelques autres, ces prohibitions ne « sont pas nombreuses dans notre législation, mais « enfin il en existe ; or ce que vous avez expressément défendu, ce qu'on ne peut faire directement, « il serait inconséquent et dérisoire de le tolérer « indirectement. » (1).

Ces prohibitions qui ne sont pas nombreuses mais enfin qui existent, ne peuvent raisonnablement s'entendre de la prohibition d'entamer la réserve ordinaire. Ces quelques personnes, entre lesquelles on a établi des incapacités, ne peuvent s'entendre de toutes les personnes ayant des héritiers à réserve, et

(1) Fenet, XIV, p. 396.

ces *quelques autres* personnes au préjudice desquelles il n'est pas permis de s'avantager, ne peuvent être précisément ces héritiers à réserve. Il s'agit d'incapacités établies *entre quelques* personnes, c'est-à-dire d'une incapacité relative. Or, cette incapacité relative de s'avantager au préjudice d'autres personnes, existe entre époux ayant des enfants.

Quelle va être la sanction de la prohibition de l'article 1840, ainsi restreinte ? La nullité. La loi s'est, en effet, montrée beaucoup plus sévère pour les libéralités entre époux que pour les libéralités entre autres personnes. Elle annule les donations déguisées entre époux (art. 1099) alors qu'elle garde le silence sur les donations déguisées entre personnes ayant des héritiers à réserve, se bornant ainsi à les soumettre à la réduction. Elle a pensé que les sociétés universelles entre époux cacheraient presque toujours une donation déguisée, de sorte que, en définitive, l'article 1840 n'est qu'une application de l'article 1099.

Quant à l'argument tiré des articles 1496, 1526 et 1527 il suffit, pour y répondre, de faire observer que les libéralités prévues par ces textes sont faites dans le contrat de mariage, s'adressent par conséquent aux futurs époux et que la loi, en les déclarant simplement réductibles, a apporté une dérogation de plus aux principes ordinaires, en faveur du mariage.

Concluons donc que la société universelle entre époux sera vraiment nulle et qu'on ne se bornera pas à réduire dans la limite du disponible les avantages qu'elle aurait conférés à l'un des associés.

Il va sans dire que la nullité étant fondée sur une incapacité relative sera une nullité simplement relative.

§ II

Nous devons maintenant, après avoir posé le principe, examiner les modifications que l'adoption de tel ou tel régime matrimonial lui fera subir.

Nous allons passer en revue les quatre régimes principaux qui sont, en quelque sorte, les quatre types de conventions matrimoniales, prévus par la loi et ayant chacun leurs règles essentielles survivant à tous les changements de détail que peut apporter la volonté des parties.

Ce sont : le régime de la communauté, le régime sans communauté, le régime de séparation de biens, le régime dotal.

I. Régime de la communauté

Nous pensons que l'adoption du régime de la communauté s'oppose, par son essence même, à la formation d'une société quelconque entre époux.

Cependant la solution contraire a été proposée. M. Delsol (1) prétend que la société intervenue se greffe simplement sur l'association résultant de la communauté. — D'après cet auteur, le régime de la communauté n'est en rien modifié ; il continuera de faire la loi générale des époux et l'acte de société régira seulement leurs rapports comme associés, comme cela arriverait si l'un des époux contractait une so-

(1) Revue pratique, 1, p. 433.

ciété avec un étranger, au lieu de la contracter avec son conjoint (1).

Ces arguments, dont nous avons nous-même reconnu toute la force lorsqu'il s'est agi de justifier, en principe, la validité des sociétés entre époux, perdent ici leur valeur.

Pour décider que, sous le régime de la communauté, aucune société ne peut se former entre époux nous invoquons les raisons suivantes :

1° En premier lieu, les obligations qui devraient se former entre époux associés s'étendraient par confusion.

Chaque associé s'engage à supporter une part dans les dettes sociales. Or, la plupart du temps, la créance d'un époux associé contre son conjoint ne lui serait pas personnelle et tomberait dans le fonds commun puisque, sous le régime de la communauté, les créances acquises par les époux, qui leur restent personnelles, sont seulement celles relatives à la jouissance d'un propre ou celles du prix d'un propre aliéné. Quant aux dettes, n'étant pas contractées dans l'intérêt personnel des époux, elles tomberaient aussi dans la communauté.

Il en résulte que, dans tous les cas où le fonds social n'aurait pas été formé avec des propres, la société n'imposerait pas aux associés l'obligation de contribuer aux pertes ; elle manquerait donc d'un élément essentiel.

(1) Amiens, 3 avril 1851 (Sirey, 51, II, 312).

2° En second lieu, les époux communs, la femme tout au moins, n'auraient pas, dès l'origine, l'intention de réaliser des bénéfices en vue de les partager.

En effet, les bénéfices tombant dans la communauté comme acquêts (cela nous paraît incontestable), le mari a le droit absolu d'en disposer à titre onéreux (art. 1421) et le droit d'en disposer sous certaines conditions à titre gratuit (art. 1422). Pour cette première raison, la femme n'aura pas la certitude juridique de partager les bénéfices. En outre, la femme pouvant renoncer à la communauté, cette faculté lui enlève encore la certitude de prendre sa part dans les bénéfices, d'autant plus que toute convention par laquelle la femme restreindrait sa liberté d'option serait nulle aux termes de l'article 1453.

Il est donc vrai de dire que la femme n'a pas, dès l'origine, l'intention arrêtée de réaliser des bénéfices en vue de les partager.

3° En troisième lieu, le contrat de société formé entre époux communs violerait ouvertement l'article 1855.

Cet article prohibe ce qu'on appelle la société léonine, c'est-à-dire celle qui peut avoir pour résultat d'attribuer à un des associés la totalité des bénéfices ou de lui faire subir l'intégralité des pertes. Or, si nous supposons que le mari a dissipé toute la communauté il se sera, en réalité, attribué la totalité des bénéfices. D'un autre côté, si la femme renonce à la communauté, elle imposera par là même à son mari

l'obligation de supporter toutes les dettes de la société, de sorte que, dans les deux hypothèses, la prohibition de l'article 1855 ne sera pas observée.

4° Enfin, si l'on excepte le cas où l'acte de société contiendrait une clause nommant le mari seul administrateur, le contrat de société formé entre époux communs porterait atteinte aux droits que l'article 1388 réserve au mari seul, et à l'immutabilité des conventions matrimoniales. Comme chef de la communauté, le mari a le droit d'administrer les biens personnels de la femme et ce droit ne peut être modifié pendant le mariage.

Le pouvoir d'administration que le titre d'associée conférerait à la femme serait en contradiction flagrante avec ce droit du mari.

Qu'on n'objecte pas que le mari donnerait ainsi à la femme mandat d'administrer. En réalité ce mandat serait une véritable renonciation faite par le mari à un droit que l'article 1388 ne lui permet pas d'abdiquer, et apporterait un changement aux conventions matrimoniales (1).

(1) L'argument que nous venons de développer n'a, croyons-nous, une véritable portée que lorsqu'il s'agit d'une société établie sous le régime de la communauté. M. Guillouard (*Traité du contrat de mariage*, t. I n° 229, p. 208 et suiv.) s'en sert pour prohiber toute société entre époux pendant le mariage, quoiqu'il admette en principe la validité des contrats à titre onéreux entre époux. Malgré tout le respect que nous professons pour notre éminent maître, nous lui demandons la permission de ne pas partager son avis sur ce point. Si l'on suppose, un régime sous lequel la femme ait conservé l'administration de ses biens, nulle atteinte ne sera portée aux

Pour ces raisons nous estimons donc que, dans tous les cas, l'adoption du régime de la communauté met obstacle à la formation d'une société quelconque entre époux. Aussi, nous devons reconnaître que cette exception atténue singulièrement la portée de notre règle : « le contrat de société est, en général, permis entre époux ». Le régime de la communauté est, en effet, le droit commun de tous ceux qui n'ont pas fait de contrat de mariage et même lorsqu'il existe un contrat de mariage, on adopte fréquemment les clauses essentielles du régime de la communauté.

II. Régime sans communauté

Il nous suffit d'appliquer ici les règles que nous venons de poser pour le régime de la communauté.

En principe, les époux ne pourront contracter aucune société, car malgré l'exclusion de la communauté,

droits du mari. Comme associée, la femme pourra administrer ses biens comme elle l'eût fait en l'absence de toute société ; elle administrera en même temps les biens du mari qui entreront dans le fonds social ; mais c'est qu'alors le mandat à elle conféré par le mari, ne constituera pas une renonciation défendue par l'article 1388 puisque le mari n'aurait eu, en l'absence de société, aucun droit comme chef sur les biens de la femme. Il n'y aura pas non plus modification aux conventions matrimoniales. En effet, les époux, en répudiant le régime de la communauté, se sont bien interdit le droit de former plus tard toute société qui ressemblerait à l'association résultant de l'adoption de ce régime, et pour ce motif, nous avons prohibé les sociétés universelles, mais les sociétés ordinaires diffèrent absolument de la communauté et, les contrats à titre onéreux étant permis entre époux, nous devons appliquer purement et simplement les principes des articles 1123 et 1134.

le mari conserve l'administration des biens de la femme et a le droit de percevoir tous les fruits (art. 1530 et 1531).

Il n'en serait autrement que si la femme s'était, aux termes de l'article 1534, réservé l'administration et la jouissance de certains biens et si son apport social n'était formé que de ces biens.

Enfin pour ceux qui pensent, et nous sommes de ce nombre, que les produits du talent ou de l'industrie de la femme ne sont pas des fruits devant être perçus par le mari, il est évident que la femme pourrait contracter avec son mari une société dans laquelle elle ferait apport de son talent ou de son industrie.

III. Régime de séparation de biens

Sous ce régime, nous pensons qu'en règle générale le contrat de société doit être permis entre époux. Aucun des arguments que nous avons fait valoir pour le défendre sous le régime de la communauté ne saurait être invoqué ici.

Mais il faut, bien entendu, que le contrat de société n'apporte aucun changement aux conventions matrimoniales. La question de savoir si l'article 1395 est violé ou non est une question de pur fait qui doit être soumise à l'appréciation des tribunaux.

Nous croyons, toutefois, que l'adoption d'une société universelle serait toujours impossible parce qu'ainsi on établirait entre les époux une véritable communauté

que la séparation de biens a précisément pour but d'éviter (1).

Cette hypothèse mise à part, rien n'empêche, en principe, des époux séparés de biens de contracter entre eux une société particulière.

Une pareille société est plutôt formée dans l'intention de se procurer des bénéfices que dans l'intention d'établir entre les époux une communauté qui, dans tous les cas, serait restreinte à certains biens spéciaux.

Les mêmes solutions doivent être données, s'il s'agit d'une séparation de biens résultant d'un jugement. Mais, si la séparation de biens est judiciaire, il faudra se montrer plus difficile dans l'examen des clauses, afin d'empêcher que les époux ne rétablissent indirectement la communauté sur d'autres bases que celles prévues par le contrat de mariage. « Toute convention, » dit l'article 1451 *in fine*, par laquelle les époux rétabliraient leur communauté sous des conditions différentes de celles qui la réglaient antérieurement « est nulle. » (2).

IV. — Régime dotal

Sous ce régime, les solutions se rapprochent beaucoup, suivant les cas, de celles que nous avons données

(1) En ce sens : Duvergier. De la société, n° 102 ; — Troplong, Contrat de mariage I. n° 206 et suiv. — En sens contraire : Duranton t. 17, n° 347, à la note.

(2) En ce sens : Laurent, t. XXII, n° 319, p. 330 et 331. — En sens contraire : Paris, 24 mai 1870 (Sirey, 71, II, p. 71).

pour le régime de la communauté et pour le régime de séparation de biens

Tout d'abord il est certain que non seulement les époux ne pourront contracter une société d'acquêts réglée par l'article 1498 (1), mais encore que toute société universelle sera interdite entre eux.

Si l'on considère une société particulière, il faut envisager plusieurs hypothèses :

1° Tous les biens de la femme sont dotaux. Dans ce premier cas, aucune société ne pourra se former entre époux. Le mari, en effet, a l'administration et la jouissance des biens dotaux (art. 1549). Il a sur les biens de la femme des droits analogues à ceux qui lui appartiennent comme chef de la communauté, et, en contractant une société avec sa femme, il renoncerait, dans une certaine mesure, à ces droits. En outre, les biens dotaux sont, en principe, inaliénables, et il y a encore là un obstacle plus ou moins grand suivant la portée et l'étendue que l'on donne à cette inaliénabilité.

2° Tous les biens de la femme sont paraphernaux. Dans ce cas, le régime dotal est, en réalité, un régime de séparation de biens. Il nous suffit donc de renvoyer à ce que nous avons dit en nous occupant de ce régime.

(1) V. Tessier, société d'acquêts n° 9 ; — Troplong, contrat de mariage, t. 1, n° 206 ; — Laurent XXI, p. 99.

3° Les biens de la femme sont en partie dotaux et en partie paraphernaux.

Il faut appliquer distributivement les solutions que nous venons de donner dans l'hypothèse où tous les biens de la femme sont dotaux et dans celle où tous les biens de la femme sont paraphernaux.

Nous permettons aux époux toutes les sociétés particulières à la condition toutefois que la femme ne fera apport que de biens paraphernaux. Notons, en outre, que les créanciers de la société ne pourront jamais poursuivre la femme sur ses biens dotaux ; ils auront le sort de tous les créanciers de la femme dotale postérieurs au mariage.

DES CONTRATS D'ASSURANCE SUR LA VIE ET DE RENTE VIAGÈRE

Assurance sur la vie. — Une convention dont l'usage devient de jour en jour plus fréquent est celle par laquelle deux époux contractent envers un tiers une assurance sur la vie dont le capital est payable au décès du prémourant d'eux au profit du survivant.

Il s'agit de savoir quel est le caractère de la convention qui, par suite de cette opération, s'est nécessairement formée entre les époux et si, étant donné le caractère que nous lui aurons assigné, elle pourra intervenir et s'exécuter librement sous tous les régimes.

Et d'abord est-ce une convention à titre onéreux ? Est-ce une convention à titre gratuit ?

Selon nous, c'est une convention à titre onéreux.

Certains auteurs, cependant, penchent pour le caractère à titre gratuit. Ils voient dans cette opération une donation éventuelle et réciproque de moitié de la créance acquise contre la compagnie d'assurance (1).

Cette opinion doit être écartée par les considérations suivantes :

La cession éventuelle faite par chacun des époux à l'autre de sa part dans la somme stipulée de la compagnie étant réciproque, c'est la cession de l'un qui est la cause de la cession faite par l'autre, mais ce n'est point l'intention de faire une libéralité.

De plus, chacun des époux peut être considéré comme achetant le bénéfice du contrat par une augmentation des primes qu'il paye pour sa moitié dans l'assurance. En effet, le montant des primes que l'assureur exige pour l'assurance d'un capital de 100 reposant sur deux têtes est plus élevé que ne le serait le chiffre des primes de deux assurances distinctes d'un capital de 50 chacune. Et cela par la raison que, s'il s'agit de deux personnes, il y a plus de chances de mort que s'il ne s'agit que d'une seule. Chaque époux paie donc la chance qu'il court de toucher seul le capital assuré.

Il suffit, d'ailleurs, pour se convaincre de l'exactitude de cette observation de consulter les tarifs des compagnies d'assurance (2).

(1) Lyon-Caen, note sur un arrêt de la cour de Douai, du 31 janvier 1876 (Sirey, 77, II, 33).

(2) Labbé, note sur un arrêt de cassation, du 28 mars 1877 (Sirey 77, I. 393).

Cette convention, dont nous venons de reconnaître le caractère, est-elle possible quel que soit le régime matrimonial adopté par les époux ?

La convention peut évidemment se former et s'exécuter librement sous tous les régimes autres que celui de la communauté. Mais la question devient très délicate si nous supposons les époux mariés sous le régime de la communauté.

Il est essentiel pour la résoudre de distinguer deux hypothèses : 1° celle où les primes sont payées en deniers autres que des deniers de communauté ; 2° celle où le montant des primes est payé avec des deniers de communauté.

1° Les primes sont payées par moitié en deniers appartenant en propre à chacun des époux.

La convention se forme valablement. Il est évident tout d'abord que la confusion ne s'établit point entre la créance éventuelle de l'intégralité du capital assuré qui appartient à l'un des époux et l'obligation éventuelle qui pèse sur l'autre de lui abandonner ce même capital intégralement ; elle ne s'établit point non plus entre l'obligation de chacun d'eux de fournir moitié des primes et le droit pour chacun d'eux également de voir fournir par son conjoint une partie égale des mêmes primes. En effet, ces créances et ces obligations diverses étant les unes et les autres propres à chacun des époux ne tombent pas dans la masse commune. On ne se heurte point à une impossibilité pour la formation du contrat.

Qu'on n'objecte pas que, pendant le mariage, les

époux ne peuvent se créer de propres et que, par suite, la créance éventuelle du capital assuré ne peut être considérée comme un propre. — Il n'y a point là création d'un propre nouveau puisque l'acquisition de cette créance résulte de l'aliénation de deniers propres ; or il est généralement admis qu'une créance pareille reste propre à l'époux (1).

Nous devons reconnaître que cette première hypothèse se présentera assez rarement. Les primes seront presque toujours payées en deniers communs. La seconde hypothèse offre donc beaucoup plus d'intérêt pratique.

2° Les primes sont payées en deniers de communauté.

La convention ne peut pas se former. En effet, les biens acquis à titre onéreux pendant le mariage sont communs ; or tel est le caractère de la somme assurée qui est immédiatement acquise sous la condition du paiement des primes (2).

Admettre la solution contraire, ce serait autoriser les époux à se créer des propres avec les deniers de communauté, c'est-à-dire les autoriser à modifier les règles du régime matrimonial qu'ils ont adopté. Or

(1) En ce sens : Marcadé, art. 1408, n° 82 ; — Rodière et Pont, I, 539 ; — Troplong, contrat de mariage, I, 444 ; — Aubry et Rau, 4^e édition tome V. § 507 texte et note 23, page 288.

(2) Herbault, traité des assurances sur la vie, n° 257 ; — Laurent XXI, n° 235 ; — Guillouard, traité du contrat de mariage, I, n° 378, p. 347 ; — Cass. 15 décembre 1873 (Sirey, 74, I, p. 199) ; Besançon, 10 février, 1881, journal le Droit du 24 septembre 1881 ; — Caen, 6 décembre 1881 (Sirey 83, II, 33)

cela est expressément défendu par l'article 1395. Cette solution a été contestée.

Si les époux, a dit M. Labbé (1) ne peuvent pas se créer de propres, ils peuvent, au moins, améliorer ceux qu'ils possèdent déjà et pourvoir à leur conservation. Or, l'époux qui s'assure un capital après le décès de son conjoint, fait, au premier chef, un acte de conservation de propre en sauvegardant en sa personne un intérêt d'existence après la dissolution de la communauté, car l'existence est le premier des propres.

L'argumentation du savant professeur nous paraît trop ingénieuse pour être exacte.

La distinction des biens communs et des biens propres n'a jamais porté que sur les objets du patrimoine ; elle est donc absolument étrangère aux personnes.

Si le bénéfice du contrat d'assurance constitue un bien commun, il est évident que la convention ne peut pas prendre naissance. D'une part, en effet, la créance éventuelle du capital assuré qui appartient à l'un des époux tombe dans le fonds commun, et l'obligation éventuelle qui pèse sur l'autre de lui abandonner ce même capital, est une obligation de communauté ; la créance et l'obligation reposent sur la même tête, la confusion va les éteindre l'une et l'autre. D'autre part, l'obligation pour chacun des époux de fournir partie des primes étant une obligation de

(1) Note sur un arrêt de cassation du 28 mars 1877 (Sirey 77, I, 393).

communauté et le droit pour l'autre époux de les voir fournir par son conjoint étant une créance de communauté, la confusion s'établit encore et rend l'opération impossible.

Faut-il conclure de ce qui précède que le contrat d'assurance intervenant entre deux époux communs doit toujours être tenu pour non avenu ? Non. Nul comme convention à titre onéreux, il vaudra comme convention à titre gratuit, si les parties ont établi une clause qui ne peut produire d'effet qu'en l'interprétant comme une libéralité. « Lorsqu'une convention, dit « l'article 1157, est susceptible de deux sens, on doit « plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut « avoir quelque effet, que dans le sens avec lequel « elle n'en pourrait produire aucun. »

Il importe, à plusieurs points de vue, de distinguer le contrat d'assurance entre époux considéré comme convention à titre onéreux du contrat d'assurance entre époux envisagé comme convention à titre gratuit.

Comme convention à titre gratuit, il sera sujet à réduction si l'avantage qui en résulte pour le conjoint excède la quotité disponible. De plus, si on suppose que le mari est commerçant et qu'il tombe en faillite avant sa mort, la femme ne pourra recueillir au détriment des créanciers le capital assuré, alors qu'elle l'eût gardé s'il eût été le bénéfice d'un contrat à titre onéreux. (1).

(1). Paris 1^{er} août 1879 (Sirey 80, II, 249). — Cass. 2 mars 1881. Sirey 81, I. 145).

Rente viagère. — L'un des époux peut stipuler de son conjoint une rente viagère. Cette convention est parfaitement licite, mais elle est fort peu usitée dans la pratique; aussi nous nous bornerons simplement à dire que le régime matrimonial adopté par les époux pourra faire naître des difficultés et empêcher plus ou moins l'opération de se réaliser.

Il existe une autre convention qui présente beaucoup plus d'intérêt parce qu'elle est plus fréquente. Voici quelle est cette convention : deux époux stipulent conjointement d'un tiers une rente viagère; ils paient par moitié le prix moyennant lequel elle est constituée, et ils conviennent qu'au décès du prémourant d'eux, la rente sera en entier réversible sur la tête du survivant.

Cette convention est-elle à titre gratuit ou à titre onéreux?

Certains auteurs croient qu'elle est à titre gratuit; ils voient dans l'opération une donation éventuelle et réciproque de moitié de la créance acquise contre le débi-rentier (1).

Nous pensons que cette convention est, comme le contrat d'assurance sur la vie, une convention à titre onéreux.

Chacun des époux, en effet, consent une cession éventuelle de sa part dans la rente et la cause de

(1) Bonniceau—Guesmon. *Revue Pratique* t. XXI, p. 308; — Verdier eod. t. XLI p. 50. — Comp. Paris 19 février 1864, *Journal du Palais* 1865, p. 85 et note de Labbé.

cette cession faite par l'un est la cession faite par l'autre. Il n'y a donc pas d'intention libérale (1).

Ce caractère de la convention une fois reconnu, les mêmes conséquences s'ensuivent que pour le contrat d'assurance. Il nous suffit donc de renvoyer à ce que nous venons de dire (2).

Du prêt

Le contrat de prêt est-il permis entre époux ?

Après les explications qui précèdent sur la théorie générale des contrats entre époux, l'affirmative pour nous, ne saurait être douteuse. Aucun texte ne défendant aux époux le contrat de prêt, nous devons en conclure que ce contrat leur est permis.

Le contrat de prêt entre mari et femme peut offrir, dans beaucoup de cas, de sérieux avantages. Il peut être, en effet, bien préférable, non seulement dans l'intérêt du mari mais dans celui de la femme elle-même que ce contrat soit formé entre les deux époux ; car il est, en général, regrettable d'être forcé de s'adresser à des étrangers. Il n'y a rien à craindre pour les deniers de la femme. Le contrat qui a été fait entre les époux constate la réception de ces deniers et l'obligation de les rendre.

(1) Pont. Petits contrats, n^{os} 698, 699, art. 1973 ; — Duranton, t. 18, n^o 136 ; — Troplong, contrats aléatoires, n^{os} 254 257 ; — Comp. Paris, 19 février 1864, D. P., 1865, II, 73, et la note de Mourlon.

(2) Aubry et Rau, 4^e édit., t. V, § 507, texte et note 9, p. 283-284. Laurent, XXI, n^o 219.

Cette dernière obligation, enfin, trouvera sa garantie dans l'hypothèque légale de la femme.

Du cautionnement

Sous l'empire de notre législation actuelle, le cautionnement est permis à la femme. C'est ce qui résulte de l'article 1431.

Aux termes de cet article : « La femme qui s'oblige solidairement avec son mari pour les affaires de la communauté ou du mari, n'est réputée, à l'égard de celui-ci, s'être obligée que *comme caution*. »

Si elle peut s'obliger *comme caution* c'est donc que le cautionnement est permis même de la femme à son mari.

Nous rappelons l'arrêt du 17 novembre 1875 (1) dans lequel la cour de Paris a décidé qu'il pouvait être valablement stipulé dans un contrat de mariage que « la femme ne pourra pas cautionner les obligations contractées par son mari. »

Cette décision qui a pour résultat de faire revivre contractuellement le Sénatusconsulte Velléien est, nous l'avons déjà fait observer, absolument contraire à la loi.

De la transaction

La transaction est un des contrats les plus utiles ; aucun texte ne le défend ; il est donc permis.

(1) Sirey, 76, II. 65.

M. Troplong (1) enseigne cependant que la transaction doit être défendue entre époux.

Pour transiger, dit-il, faut pouvoir aliéner, il faut avoir la capacité de disposer des objets compris dans la transaction (art. 2045); or les époux ne peuvent pas se vendre leur bien (art. 1595); donc la transaction est impossible entre eux.

« Toutefois, ajoute cet auteur, les exceptions par lesquelles l'article 1595 tempère la prohibition de vendre entre époux doivent également s'étendre à la transaction. »

En somme M. Troplong défend la transaction à cause de l'analogie que ce contrat présente avec la vente.

Selon nous, cette analogie n'est qu'apparente. D'après une opinion généralement admise, la transaction n'est pas, en effet, transmissive, mais simplement déclarative ou récongnitive des droits qui faisaient l'objet du différend sur lequel elle est intervenue (2).

D'ailleurs le texte de l'article 1595 constituant une exception au principe de la liberté des contrats entre époux, doit être interprété restrictivement et ne doit pas être étendu à des hypothèses pour lesquelles il n'a pas été créé.

Du nantissement

(Gage, Antichrèse, Hypothèque)

Après avoir admis et justifié le contrat de prêt entre

(1) Transaction, n° 53.

(2) Aubry et Rau, 4^e édition, t. IV, § 421, texte et note 17, p. 668 et les autorités qu'ils citent.

époux, nous ne saurions défendre le nantissement, soit comme gage, soit comme antichrèse, ni l'hypothèque, car ces derniers contrats ne sont que des accessoires du premier et on doit leur faire partager le même sort qu'au principal. Du reste aucun texte ne les a prohibés, et cela nous suffit pour leur appliquer notre théorie générale sur la liberté des contrats entre époux.

Il faut rapprocher de la constitution d'hypothèque, la convention de restriction de l'hypothèque légale de la femme (art. 2144 et 2145).

Des contrats de bienfaisance

(Mandat, Dépôt, Commodat)

Nous ne dirons qu'un mot de ces contrats. Ce sont, avant tout, de bons offices qu'il était véritablement impossible de défendre entre époux. L'un d'eux, d'ailleurs, a été autorisé par la loi dans deux textes : c'est le mandat (art. 1420 et 1577).

Quant aux deux autres, nous leur appliquerons le droit commun, c'est-à-dire la règle de la liberté des contrats entre époux.

REMARQUE. — Les contrats commerciaux doivent, comme les contrats civils, être permis entre époux, à la condition qu'ils ne dérogent point aux conventions matrimoniales et qu'ils ne constituent pas une vente déguisée.

APPENDICE

DES CONTRATS A TITRE ONÉREUX ENTRE ÉPOUX DANS LES PRINCIPALES LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES ACTUELLES

Les législations du canton de Fribourg, du canton de Zurich, du royaume de Saxe, de la Hollande et de l'Italie permettent *expressément* les contrats à titre onéreux entre époux. Ce sont les seules qui ne gardent pas le silence sur la validité de ces contrats. A ce titre, elles méritent une mention spéciale, d'autant mieux que le Code civil Italien est de date assez récente (1865).

C'est à propos de la question de l'autorisation de la femme mariée que ces législations s'occupent des contrats entre époux. Elles soumettent la femme à la nécessité de l'autorisation de justice quand elle *contracte* avec son mari, et lorsque le mari a des intérêts opposés à ceux de sa femme (Code du canton de Fribourg, art. 63 ; Code Zurichois, art. 147 et 148 ; Code Hollandais, art. 169 ; Code Italien, art. 136).

Nous rappelons que le nouveau Code civil Italien de 1865 n'a pas reproduit à tort, selon nous, la prohibition de notre article 1595. « Les rédacteurs de ce
« Code, dit M. Vacca, ont trouvé exagérée la défiance
« du Code Napoléon ; ils ont préféré admettre la sin-
« cérité des actes humains, surtout quand il s'agit de

« ces actes qui se produisent dans l'intimité des affections domestiques. » (1).

Il est bon de faire remarquer que ces législations qui permettent expressément les contrats à titre onéreux entre époux prohibent cependant complètement les donations entre mari et femme.

Nous avons fait entendre que presque toutes les législations étrangères gardaient le silence sur la validité des contrats entre époux. Faut-il en conclure que ces contrats sont défendus? Non. A défaut de texte spécial, ils peuvent s'appuyer sur le principe de la liberté des conventions qui domine dans le droit de tous les pays civilisés.

C'est ainsi que nous devons considérer comme permettant les contrats entre époux, bien qu'ils n'en parlent pas : le Droit commun allemand, le Landrecht prussien, le Code bavarois, les législations du Danemark, de la Suède, de la Norvège, du Portugal et de la Russie. Pour la Russie, le doute n'est pas possible ; dans ce pays, en effet, chaque époux reste maître de sa fortune et la femme peut contracter sans autorisation (art. 119 du code russe de 1840).

Autrefois, en Angleterre et dans les Etats-Unis d'Amérique, tout contrat était impossible entre époux.

(1) Huc et Orsier, Code civil Italien t. I, p. 268. — N'ont pas non plus reproduit la prohibition de l'article 1595 : le Code du canton de Soleure (année 1848); le Code Autrichien (année 1820); le Code Bolivien (année 1843). Ce dernier Code prohibe cependant complètement les donations entre époux.

Cela tenait à ce que la femme mariée n'avait pas de personnalité juridique distincte de celle de son mari. Mais, en Angleterre, une réforme importante a été opérée par l'acte du 9 août 1870. La femme peut, maintenant, avoir un patrimoine à elle ; dès lors rien ne l'empêche plus de contracter avec son mari. Il est de même aux Etats-Unis (Mississippi, 1839 ; Californie, 1850 ; New-York, 1848 ; Maryland, 1873).

Il nous reste à citer quelques législations qui se sont inspirées de la nôtre et n'ont défendu qu'un contrat entre époux : la vente. Ainsi en est-il des codes des cantons suisses du Tessin (année 1838), du Valais (année 1855), de Neuchâtel (année 1855) ; des codes de la Louisiane (année 1824), et de la République Argentine (année 1872). Tous ces codes reproduisent, d'après notre article 1595, la prohibition de la vente (code du Tessin art. 715 ; code du Valais art. 1398 ; code de Neuchâtel, art. 1240 ; code de la Louisiane, art. 2421 ; code de la République Argentine art. 37). Cette prohibition doit recevoir la même interprétation que dans notre droit ; par conséquent tous les contrats entre époux sont permis excepté la vente.

REMARQUE. — Si toutes les législations admettent ainsi en principe la validité des contrats entre époux, il en est quelques-unes qui, suivant la tradition Romaine, ont défendu le cautionnement. Telles sont les législations de presque tous les cantons de la Suisse, celles du Danemarck et de la Norvège, de la Bavière, et des pays de l'Amérique du Sud.

POSITIONS



DROIT ROMAIN

I

Le droit romain n'admettait que deux degrés de fautes : *culpa lata*, *culpa levis*.

II

L'erreur de droit ne peut servir de fondement à la *condictio indebiti*.

III

La cession d'actions ne peut être exigée par le *correus promittendi* qui n'est point dans des liens de société avec les autres *correi*.

IV

Du jour où le prêteur sanctionna les pactes par une exception, ils furent susceptibles de produire une obligation naturelle.



DROIT CIVIL FRANÇAIS

I

La solidarité légale est toujours parfaite.

II

La séparation des patrimoines est un privilège.

III

Le père naturel ou la mère naturelle n'ont pas droit à une réserve sur la succession de leur enfant.

IV

La donation déguisée entre époux est valable lorsqu'elle n'excède pas la quotité disponible. Si elle l'excède, elle est nulle pour le tout.

DROIT COMMERCIAL

I

L'action en résolution de la vente d'un immeuble pour défaut de paiement du prix n'est pas recevable si le contrat d'acquisition n'a été transcrit qu'après le jugement déclaratif de faillite du vendeur.

DROIT CRIMINEL

I

L'action civile résultant d'un crime ou d'un délit se prescrit par le même laps de temps que l'action publique.

DROIT CONSTITUTIONNEL

I

Le Sénat ne peut ajouter au budget des crédits, ni rétablir ceux que la Chambre des députés a rejetés.

II

Il n'existe que deux pouvoirs constitués : le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif.

Vu par le Président de la Thèse :

L. JOUEN

Vu par le Doyen :

A. VAUGEOIS

Permis d'imprimer :

Le Recteur de l'Académie,

E. ZÉVORT

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

DE LA REPRÉSENTATION EN JUSTICE

	Pages
INTRODUCTION	5
Epoque de la procédure des actions de la loi.	7
Epoque de la procédure formulaire	16
CHAPITRE I. — Etude du <i>cognitor</i>	18
SECTION I. — Quelle est l'origine du <i>cognitor</i> ?	18
SECTION II. — Comment le <i>cognitor</i> peut-il être constitué ?	26
SECTION III. — Quelles personnes peuvent jouer les rôles de <i>cognitor</i> et de <i>procu-</i> <i>rator</i> ? . — Quelles personnes peuvent être représentées à ces titres ?	32
SECTION IV. — Quels sont les effets de l'in- tervention du <i>cognitor</i> dans le procès ?	36
CHAPITRE II. — Etude du <i>procurator</i>	40
SECTION I. — Quels sont les caractères du <i>procurator</i> ?	40
SECTION II. — Quels sont les effets de l'in- tervention du <i>procurator</i> dans le procès ?	47
<i>Effets de l'intervention du « procura-</i> <i>tor » quant aux cautions.</i>	47
<i>Effets de l'intervention du procurator</i> <i>quant à la « litis contestatio ».</i> . . .	54
A. <i>Effet créateur de la « litis contestatio »</i>	55

	Pages
B. <i>Effet extinctif de la « litis contestatio. »</i>	58
<i>Effets de l'intervention du « procurator » quant à la sentence du juge.</i>	65
CHAPITRE III. — Des tuteurs et des curateurs.	68
Epoque de la procédure extraordinaire.	74
Appendice. De la <i>procuratio in rem suam</i>	75

DROIT FRANÇAIS

DES CONTRATS A TITRE ONÉREUX ENTRE ÉPOUX

INTRODUCTION	80
Exposé historique des contrats à titre onéreux entre époux.	83
Droit Romain.	83
Droit Coutumier.	89
CHAPITRE I. — Etude générale des contrats à titre onéreux entre époux.	96
SECTION I. — Les contrats à titre onéreux entre époux sont-ils défendus ou permis ?	96
SECTION II. — A quelles conditions les contrats à titre onéreux entre époux sont-ils permis et quels en sont les effets généraux ?	118
§ I. — A quelles conditions les contrats à titre onéreux entre époux sont-ils permis ?	118
§ II. — Quels sont les effets généraux des contrats à titre onéreux entre époux ?	139
Appendice au chapitre I. Quelle a été l'attitude de la jurisprudence ?	152
CHAPITRE II. — Etude spéciale des principaux contrats à titre onéreux entre époux.	155
De la vente et de la dation en paiement.	155
De l'échange	171
Du louage.	174

	Pages
De la société	178
Des contrats d'assurance sur la vie et de rente viagère	197
Assurance sur la vie	197
Rente viagère	203
Du prêt	204
Du cautionnement	205
De la transaction.	205
Du nantissement	206
Des contrats de bienfaisance.	207
Appendice, Des contrats à titre onéreux entre époux dans les principales législa- tions étrangères actuelles	208
Positions	211



